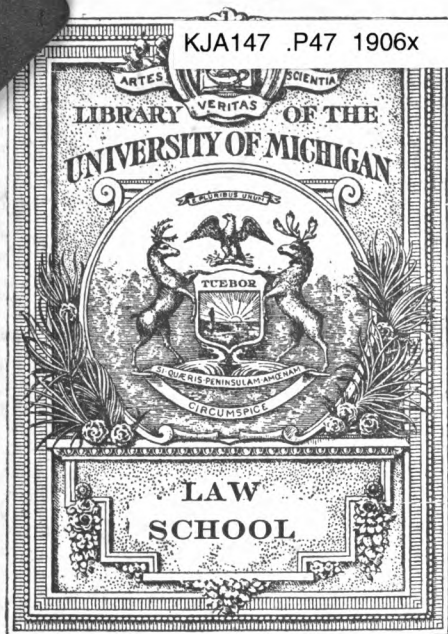
MANUALI BARBÈRA
DI
SCIENZE GIURIDICHE SOCIALI
E POLITICHE

XXVI-1

PEROZZI

ISTITUZIONI
DI
DIRITTO ROMANO

M A

BEN

CALISSE (C.), **Storia del Diritto Italiano.** Vol. I: Le Fonti. *Seconda edizione corretta ed ampliata* (XVII) . . . . 2. —
— — Volume II: Diritto Pubblico. *Idem* (XVIII) . . . . . 3. —
— — Volume III: Diritto Privato. *Idem* (XIX) . . . . . . 2. —
— **Diritto Ecclesiastico.** *Nuova edizione corretta ed ampliata* (XX) . . . . 2. —
— **Storia del Diritto Penale Italiano** (XXIII) . . . . . 2. —
COGLIOLO (P.), **Filosofia del Dir. Privato.** *2ª ediz.* (II) . 2. —
COSTA (E.), **Storia del Diritto Rom. Priv.** *2ª ediz.* (VI). 2. —
— **Storia del Diritto Romano Pubblico** (VII) 2. 50
D'ALVISE (P.), **Nozioni teorico-pratiche di Contabilità di Stato.** *Seconda edizione stereotipa modificata* (XXVIII) . . 3. —
FILIPPI (A.), **Principii di Medicina Legale** per gli Studenti Legge ed i Giurisperiti. *Seconda edizi*
GIANTURCO (E.), **Istituzioni** *va edizione* (I) . . . .
GRASSO (G.), **Principii di Dir** e **Privato.** *Terza edizione* (V).
LUCCHINI (L.), **Elementi di P** *ne riveduta e ampliata* (XXII)

MARCHETTI (V.), **Compendio di Dir. Penale** (XXV) Lire 2. —

MORTARA (L.), **Principii di Procedura Civile.** *Quinta edizione* (XII) . . . . 2. —

— **Istituzioni di Ordinamento Giudiziario.** *Terza edizione riveduta* (XIV) . . . . 2. —

ORLANDO (V. E.), **Principii di Diritto Costituzionale.** *Quarta edizione riveduta* (IV) . . . . 2. —

— **Principii di Diritto Amministrativo.** *Terza edizione riveduta* (XVI) . . . . 2. —

PEROZZI (S.), **Istituzioni di Diritto Romano.** Volume Primo. Introduzione. – Diritto delle persone. – Le cose e i diritti sulle cose. – Il possesso. (XXVI-1) . . . . 4. —

— Volume Secondo. Obbligazioni ed azioni. – Diritto ereditario. – Donazioni. (XXVI-2) . . . . 4. —

RICCA SALERNO (G.), **Scienza delle Finanze.** *Seconda edizione* (III) . . . . 2. —

SUPINO (D.), **Istituzioni di Diritto Commerciale.** *Decima edizione* (IX) . . . . 3. —

VALENTI (G.), **Principii di Scienza Economica.** *Seconda edizione* (VIII) . . . . 3. —

WAUTRAIN CAVAGNARI (V.), **Elementi di Scienza dell'Amministrazione.** *Seconda edizione* (XIII) . . . . 2. —

Serie pratica.

CODICE DI PROCEDURA CIVILE, illustrato con le decisioni delle Corti. *Ottava edizione* 2. 50

CODICE PENALE, con la Giurisprudenza del primo quadriennio 1891–94 e gli Atti ufficiali, aggiuntevi le nuove Leggi di Pubblica Sicurezza, luglio 1884. *Sesta edizione* 3. 50

CODICE DI COMMERCIO DEL REGNO D'ITALIA, illustrato colle decisioni delle Corti. *Settima edizione* . . . . . 3. —

CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA, illustrato con le decisioni delle Corti. *Ottava edizione* . . . . 3. —

CODICE DI PROCEDURA PENALE e Legge di pubblica sicurezza con tutte le altre Leggi penali, e con commenti teorici e pratici. *Settima edizione* . . . . 3. —

CODICE COMPLETO DELLE ISTITUZIONI PUBBLICHE DI BENEFICENZA, con gli atti parlamentari, riferenze, circolari, giurisprudenza e commenti pratici. *Nuova edizione riveduta e messa al corrente* . . . . 3. —

CODICE DEL CREDITO FONDIARIO, con tutte le leggi, regolamenti, circolari, e la legge 6 maggio 1891, norme per la concessione dei mutui, tariffe e tabelle. *Seconda edizione* . . 2. 50

CODICE POLITICO AMMINISTRATIVO. Raccolta completa delle leggi e dei regolamenti concernenti la pubblica amministrazione nei suoi rapporti politici e ammin., con commenti, raffronti, giurisprudenza completa. *Settima edizione messa al corrente.* 5. —

(*Segue la serie pratica.*)

CODICE DELLE SOCIETÀ COOPERATIVE. Raccolta delle disposizioni di Legge e di Regolamento con commenti di dottrina e giurisprudenza. *Terza edizione* . . . . Lire **2. 50**

COMPLETO FORMULARIO degli Atti concernenti le Società Cooperative. *Seconda edizione* **3. 50**

L'AMMINISTRAZIONE PUBBLICA IN ITALIA. Guida teorico-pratica allo studio dell'ordinamento amministrativo e giudiziario del Regno. Nozioni di Diritto amministrativo; Organici; Carriera; Diritti e doveri degli impiegati; Programma degli esami ec. . . . . **4. —**

LEGGI COMPLEMENTARI DEL CODICE DI COMMERCIO, Tribunali di Commercio, Camere di Commercio, Borse e Mediatori. Fiere e Mercati, Magazzini generali, Depositi franchi, Banche d' emissione, ec. ec. **3. 50**

CODICE DELLE SOCIETÀ DI MUTUO SOCCORSO E ASSOCIAZIONI CONGENERI. Legge 15 aprile 1886 con commenti, Raccolta delle disposizioni concernenti le Società di Mutuo Soccorso, Regolamenti, Statistiche, Note giurisprudenziali e dottrinali, Formulario . . . . **3. —**

CODICE DEI PROBIVIRI. Legge e Regolamento sui Probiviri nell'Industria, con Formulario degli Atti inerenti al loro funzionamento commentati coi lavori preparatorii, con la Legislazione, la Dottrina e la Giurisprudenza. . . . . **2. —**

LEGGE E REGOLAMENTO SUL MONTE PENSIONI DEI MAESTRI ELEMENTARI esposti e commentati **1. 50**

GUIDA PRATICA NELLE PROCEDURE GIUDIZIARIE E AMMINISTRATIVE, dell'Avv. Luigi Gabbioli . . . . . **3. —**

LE VOCI DEL SERVIZIO DIPLOMATICO-CONSOLARE ITALIANO E STRANIERO, di L. Testa . . . . **5. —**

MANUALE DELL'EMIGRAZIONE. Storia, Statistica, Relazioni, Discussioni, Testo delle Leggi, Regolamenti e Giurisprudenza a cura del Prof. A. Rabbeno **3. 50**

CODICE POSTALE DEL REGNO D'ITALIA, compilato per cura del Ministero delle Poste e dei Telegrafi . . . . **3. —**

MANUALE SUL DOMICILIO DI SOCCORSO, creato con la Legge sulle Istituzioni Pubbliche di Beneficenza, a cura di Atto Corsi . . . . **2. —**

GUIDA PRATICA DEL CURATORE DEI FALLIMENTI, ad uso dei Ragionieri, Avvocati, Procuratori, Notai, Commercianti, Periti, ec., dell'Ing. Giorgio Marchesini **1. 50**

MANUALE LEGALE DEL MEDICO CONDOTTO, dell'Avvocato Enrico Bruni . . . . **3. —**

Dirigere commissioni e vaglia alla Ditta G. BARBÈRA, Editore, FIRENZE.

MANUALI BARBÈRA.

XXVI-1.

SILVIO PEROZZI

PROF. ORDINARIO DI DIRITTO NELLA R. UNIVERSITÀ DI BOLOGNA.

ISTITUZIONI

DI

DIRITTO ROMANO.

VOLUME I.

INTRODUZIONE. — DIRITTO DELLE PERSONE.

LE COSE E I DIRITTI SULLE COSE. — IL POSSESSO.

FIRENZE,

G. BARBÈRA, EDITORE.

1906.

PREFAZIONE.

Accettando la proposta fattami dalla Ditta editrice di scrivere un manuale d'istituzioni di diritto romano, io mi proposi soltanto di dare all'opera, possibilmente, quei modesti pregi che sono richiesti dall'indole sua. Volli cioè fare un'esposizione piana, lucida, concisa e, dentro l'ambito di un libro elementare, intera delle nostre cognizioni storiche e dogmatiche in materia, seguendo la tradizione nel tipo e nell'ordine della trattazione e l'opinione comune nelle singole teorie, salvo in quei punti, dove, a far ciò, mi paresse di ripetere manifesti errori. Pensavo che con simili intendimenti mi sarebbe riuscito abbastanza facile eseguire l'incarico assuntomi. Non avevo scritto molte pagine, quando dovetti convincermi che l'impresa era invece irta di difficoltà antiche e nuove. Le antiche risguardano la precisione della formula dogmatica e le qualità accennate di forma, la cui consueta indocilità a lasciarsi conseguire aumenta, trattando elementar-

mente il diritto, in proporzione direi del bisogno di conseguirle. Le nuove dipendono dai più recenti progressi della nostra scienza. Questa ha talmente ampliato i suoi confini e la sua materia, il suo indirizzo è divenuto così analitico e critico, le vie che batte per acquistare un concetto più preciso della formazione, dell'essenza e del valore degli istituti e delle norme sono oggi così molteplici, che chi voglia brevemente riassumerne gli insegnamenti, dando rilievo al moto e alle tendenze sue, è costretto a continue esitazioni circa la scelta dei fatti e la misura conveniente alla loro illustrazione.

Spero che il lettore vorrà quindi scusare le inevitabili deficienze di quest'opera. Essa è per eccellenza nel novero di quelle, in cui, concedendolo le forze, non si può toccare una relativa perfezione che mediante una minuta e paziente revisione del primo dettato, fatta, quanto al tempo, in condizione di libertà da vincoli e da riguardi verso l'editore.

Ho omesso le indicazioni bibliografiche anche dove più mi giovavo degli studi altrui, sia perchè in un libro elementare sono meno opportune, sia per ragioni di spazio. Queste ebbero la loro parte anche in decidermi a non accompagnare continuamente il testo con le relative citazioni delle fonti. La parte maggiore la ebbe in ciò un'altra considerazione. Se mi riesce possibile ripetere un insegnamento corrente, non mi so ugualmente adattare a riferirne le basi testuali, senza averle sottoposte

ad un esame condotto secondo i metodi esegetici odierni, a torto combattuti da qualche voce destinata a rimanere solitaria. E non era questa l'occasione di codeste indagini. Perchè fatte non le avrei, senza che assai probabilmente mi si presentassero dubbi e fossi provocato a ricerche, per le quali il lavoro sarebbe stato ad ogni momento interrotto, e il suo compimento rinviato a un futuro molto lontano.

La stampa di questo volume durò oltre un anno. Quindi non ho potuto giovarmi di alcuni scritti recenti che si riferivano ad argomenti trattati nelle parti già stampate. Il secondo volume, che è compiuto nel manoscritto, uscirà nell'anno prossimo.

Bologna, 12 luglio 1906.

Libro Primo.

INTRODUZIONE.

Capo I.

DEL DIRITTO ROMANO IN GENERALE.

§ 1. — Oggetto del presente trattato.

Sotto il nome d'« istituzioni di diritto romano » intendiamo di presentare una esposizione elementare dogmatico-storica del diritto privato romano dalle origini di Roma sino, inclusivamente, alla codificazione giustinianea. L'indole elementare dell'opera è espressa dal termine stesso d'« istituzioni ». *Instituere* in un'arte, in una scienza, significa infatti darne le prime e fondamentali nozioni.[1]

[1] Sorto in Roma, nell'età repubblicana, un insegnamento del diritto, si chiamò *instituere*, come par certo, l'ammaestramento teorico elementare che precedeva il pratico, al quale invece si diede il nome di *audire*, perchè consisteva nell'ascoltare i responsi dati da un giurista, le dilucidazioni che ne faceva e nell'assistere e partecipare alla discussione intorno alle questioni pratiche connessevi. L'insegnamento teorico elementare provocò lo scritto e si ebbero trattati intitolati *institutiones* dettati da insigni giurisperiti. Lo stesso nome fu dato da Giustiniano ad un libro elementare, composto dietro suo ordine, perchè fosse appreso dai giovani nel primo anno dei loro studi giuridici. Negli anni successivi doveano integrare la loro cultura collo studio del Codice e dei Digesti. L'ordinamento odierno italiano dell'insegnamento del diritto romano privato si connette sostanzialmente a questa antichissima bipartizione, in quanto prepone ancora un insegnamento sintetico elementare di esso all'insegnamento più esteso ed analitico che prende il nome di corso di diritto romano, mentre quello si continua a indicare col nome d'istituzioni.

M. B. — Perozzi.

Hanno d'uopo di qualche dilucidazione gli ulteriori caratteri attribuiti al nostro trattato.

Un diritto si può esporre o presentandolo nel suo essere in un dato momento storico, o descrivendone il divenire attraverso il tempo. Nel primo caso l'esposizione è meramente dogmatica. Nel secondo è meramente storica. Carattere quasi esclusivamente dogmatico ebbero sino ad epoca non lontana così i lavori monografici, come i trattati di diritto romano, dedicati com'erano in grande prevalenza alla trattazione del diritto giustinianeo in forza di circostanze diverse secondo i tempi ed i luoghi: o perchè questo diritto era, o perchè lo si riteneva ancora vigente, o per effetto soltanto di una tradizione scientifica, giustificata per lunga età da codesto vero o supposto vigore e che non si sapeva spezzare pur quando la giustificazione era cessata. Venuti meno dovunque sia quel fatto che quell'opinione e resasi la nostra scienza sempre più indipendente dalla tradizione in discorso quanto più si discostava nel tempo dalle sue cause, va ora prevalendo in essa l'indirizzo storico, come il più adatto alla trattazione di un diritto che è tutto estinto.

Concorre a questo risultato anche il dominio sul pensiero odierno della filosofia evolutiva; poichè non intendendosi, secondo i principii di questa, l'essere che mediante il divenire, anzi l'essere stesso non essendo che un momento del divenire, si è di necessità indotti a considerare sempre le istituzioni giuridiche nella loro formazione e successione.

Tuttavia l'importanza della legislazione giustinianea, l'essere essa stata il centro di sviluppo della scienza giuridica a partire dall'età dei glossatori (1100 circa d. C.) sino ai nostri giorni, il bisogno che i giovani si addestrino nella definizione dei concetti giuridici e nel calcolo su di essi, penetrino il sistema di un diritto e colgano le mutue dipendenze dei precetti, dei principii e degli istituti entro al sistema, consigliano una conciliazione, del resto non nuova, dei due indirizzi. Perciò si disse che il nostro trattato sarà dogmatico-storico. Esporremo il dogma in relazione alla legislazione giustinianea. Mostreremo la

condizione anteriore degli istituti giuridici antichi, che rimangono in essa. Avremo anche riguardo agli istituti estinti.

Il nostro trattato non considera lo stato di diritto posteriore alla legislazione giustinianea. Tradizionalmente per diritto romano s'intende o il diritto romano giustinianeo, o il diritto romano sia giustinianeo che pregiustinianeo, quantunque riferendosi il nome di un diritto o allo Stato in cui vale (ad es. il diritto civile italiano è il diritto civile del Regno d'Italia), o al popolo che lo concepì e lo improntò del proprio carattere, prescindendo dalla sua organizzazione politica (in questo senso si parla di un diritto ellenico, di un diritto germanico), si potrebbe chiamare diritto romano anche il diritto invalso dopo Giustiniano nell'impero d'Oriente, sia perchè questo impero è politicamente continuazione dello Stato romano, sia perchè il diritto stesso, essendo ancora in gran parte il giustinianeo, è, come questo, prevalentemente di origine romana. Se ciò non accade, è per ragioni meramente storiche. L'Europa civile dai glossatori in poi non conobbe o almeno non coltivò, e per secoli, quasi altro diritto romano che il diritto giustinianeo. Sopra tutto a questo solo obbedì e a questo restrinse prima quel nome, che poi estese al diritto anteriore, ma non estese al posteriore come quello che si va facendo sempre meno romano per il carattere suo e dello Stato, ove valeva. Questo si preferì chiamarlo diritto romano-greco, o anche diritto bizantino.

E poichè siamo ad esporre una nomenclatura, sarà opportuno che diciamo sin d'ora che si dà il nome di classico al diritto invalso nello Stato romano dai primordi dell'impero sino alla metà circa del terzo secolo d. C.; di preclassico o antico al diritto anteriore e di postclassico al diritto posteriore sino alla codificazione giustinianea. Il quale, essendo fortemente penetrato d'influenze elleniche, trova chi lo chiama anche diritto romano-ellenico, anticipandogli così quel nome che i più riserbano al diritto postgiustinianeo invalso nell'impero orientale. Si dà il nome di diritto romano comune al diritto giustinia-

neo in quanto questo, non nella sua integrità, ma colle omissioni e colle modificazioni imposte dai tempi e in parte sancite dai nuovi diritti, in parte introdottevi per via di un'interpretazione dottrinale consentanea ai bisogni della nuova epoca, divenne dopo i glossatori il diritto degli Stati latini dell'Europa occidentale e da ultimo dell'impero germanico come sussidiario dei singoli diritti territoriali vigenti in esso.

Il nome di diritto romano indica infine per antonomasia il diritto romano privato e non comprende il pubblico. Ciò pure dipende da ragioni storiche, dal fatto cioè che la codificazione giustinianea nella parte prevalente e di maggior pregio è una codificazione del diritto privato e quasi esclusivamente questa sola parte ebbe nei paesi e dal tempo accennati valore di legge e trattazione scientifica. L'esposizione del diritto romano pubblico fa parte, secondo l'ordinamento attuale degli studi giuridici nelle scuole italiane, della Storia del diritto romano.

§ 2. — Perchè si studia nelle scuole di diritto il diritto romano.

Il diritto romano è, come si disse, un diritto spento. L'ultimo Stato presso il quale ebbe vigore, come diritto comune, fu l'impero germanico. Ma anche in questo dal 1° gennaio 1900 fu sostituito dal codice civile dell'impero e non v'ha quindi più territorio o popolo da esso dominato. Tuttavia l'insegnamento del diritto romano entra nelle scuole di giurisprudenza di molti tra i maggiori Stati civili, benchè i più alieni per le loro tradizioni giuridiche da esso. La ragione si è che nessun altro insegnamento vale codesto come strumento di educazione giuridica. Esso è infatti il più adatto a far comprendere il fenomeno del diritto e a procurare gli abiti di pensiero necessari alla trattazione di qualunque altra parte della scienza giuridica. Ciò in più modi.

Lo studio del diritto romano ci tiene innanzi l'esemplare di un diritto che, in qualunque momento di tempo

si consideri, rappresenta una perfezione relativa, per la sua convenienza allo stato della società in quel momento.

Nei suoi stadi più antichi di vita il diritto romano corrisponde a condizioni sociali troppo diverse dalle odierne, perchè la sua contemplazione possa percuotere la nostra coscienza, suscitandone quelle attività che presuppongono un'affinità maggiore o minore tra il passato e il presente. Ma se lo si considera nella sua maturità, che s'inizia colla fine della repubblica, quando domina una vasta, sempre più ampia e, con Caracalla, quasi sconfinata cittadinanza, pregna di quell'alta civiltà per la quale la società antica è parente all'odierna, allora esso suscita necessariamente la nostra ammirazione e si fa a noi maestro ed inspiratore.

Considerato infatti nel suo insieme e fatta la debita parte alle imprescindibili necessità della storia, esso ci appare per tutta codesta età un diritto che s' inspira e si adatta alla realtà delle condizioni umane, ma non rinnega l' ideale raggiungibile; cura tanto la libertà quanto la disciplina delle relazioni sociali, e così l'individuo come la società; soddisfa tutti gli interessi dagli infimi ai massimi e i morali non meno che i materiali in proporzione del loro valore; piega la regola imposta dai casi comuni alle esigenze dei casi particolari senza rendersi perciò malsicuro; fa ragione ai forti ma non lascia indifesi i deboli, dove la sua difesa può tornar utile; sta eretto sulla solida base di pochi istituti, presentando semplicità e insieme varietà ed armonia di struttura ed è tutto animato dai bisogni, dai sentimenti e dalle idee proprie d'uomini degni sotto ogni rispetto del nome d'uomo.

Molte cause contribuirono a questo resultato; tali: l'essere stata la formazione del diritto sempre opera diretta o indiretta degli uomini più eminenti dello Stato; il modo d'agire dei principali organi costituenti il diritto, per cui non poteano rimanere in vigore che i precetti approvati dall'esperienza; il coincidere l'ampliamento progressivo dello Stato col moto ascendente dell' incivilimento, donde conseguiva la necessità di un continuo adattamento del diritto a sempre più varie, più estese, più

complesse e più alte condizioni di vita; l'incessante affluire nel pensiero e nella pratica giuridica di nuove correnti di idee per l'esempio offerto dalle parti più evolute dei diritti dei popoli stranieri, di cui Roma prendeva via via conoscenza; infine l'avere il diritto vissuto successivamente tra due grandi e diverse civiltà, la greca e la romana, le quali in esso s'integrarono. E pur queste non sono che cause secondarie. La causa prima, profonda e costante della progressiva perfezione del nostro diritto, quella a cui è dovuta persino l'integrazione accennata, resta per noi sempre lo spirito del popolo romano, popolo conservatore e insieme novatore, tenace della tradizione, ma agile di mente e pronto ad assimilarsi e ad improntare del suo segno i prodotti del pensiero altrui, idealista e non ideologo, pratico ma di una praticità colta e larga e non indotta o gretta; sopra tutto democratico sempre, benchè sempre obbediente alla guida di un'aristocrazia di sangue, di magistrature o burocratica, costretta a non esser mai, pur nel dispotismo, che la reggitrice di una democrazia, in cui la vita corporativa, a partire da quella statuale, era diretta a far più forte e più rispettata la vita individuale. Codesto spirito continuò ad alitare nella legislazione per forza di tradizione amministrativa e di cultura pur tra il prevalere nel periodo postclassico delle influenze elleniche dianzi accennate (§ 1), costringendo anche l'ultimo diritto a serbarsi coerente nell'altezza dei fini sociali e nell'opportunità dei mezzi agli esempi lasciati dalla sapienza antica e mantenendogli così ancora per questi rispetti un carattere di romanità che per ogni altro viene in esso meno.

Anche più istruttiva della conoscenza dei singoli momenti del diritto romano, distintamente considerati come modelli di legislazione, è la contemplazione della sua storia. Il fenomeno della formazione e dell'evoluzione del diritto non si può meglio studiare sopra nessun altro diritto positivo che sopra il romano. Esso è il solo infatti del quale possiamo seguire l'ininterrotto sviluppo per più di mille e trecento anni, quanti ne corrono dalle origini di Roma sino alla metà del secolo sesto della nostra èra.

Ma non è tanto la durata e la continuità dello sviluppo che più importa, quanto il suo carattere. Come nessun fenomeno politico è così grandioso quanto la trasformazione dello Stato romano da una unione di poche tribù tra pastorali ed agricole del Lazio nel più vasto e più lungamente duraturo impero che vanti la storia dell'uomo, così nessun fenomeno giuridico uguaglia di compattezza e di mole la progressiva trasformazione del diritto romano da diritto barbarico, fornito di tutti i segni che contraddistinguono i diritti di società primitive, in un diritto quale lo abbiamo descritto conveniente ad un immenso Stato di tale una civiltà da disgradare in molti riguardi l'odierna. È soltanto perciò in questa storia giuridica che noi possiamo vedere in azione tutte le forze che possono concorrere alla evoluzione di un diritto, ed è soltanto da essa che possiamo apprendere a stimare l'efficacia sociale dei singoli movimenti, onde può comporsi l'evoluzione stessa. Da quest'ultimo punto di vista il diritto romano ci appare come il più grande cumulo di esperienze legislative, a cui possa inspirarsi il legislatore odierno. E tutta insieme la sua storia è tale che la filosofia del diritto e la sociologia la considerano come la miniera più ricca di dati positivi, utili alla determinazione induttiva delle loro leggi.

I Romani da ultimo tengono nella scienza del diritto un posto comparabile solo a quello che i Greci tengono nell'arte. Essi crearono e condussero a perfezione di contenuto e di forma quella come i Greci questa. E forse i Romani vincono nel paragone. Poichè l'arte greca muove in parte da lontani germi stranieri; ma la scienza giuridica romana è autoctona e nei germi e nello sviluppo. Le asserite influenze della filosofia greca su di essa si riducono a qualche trascurabile definizione e partizione. Codesta filosofia non giovò ad essa che indirettamente in quanto piegò e avvezzò le menti romane al metodo scientifico di ricerca e di trattazione. Nella bellezza della forma, cioè nel modo chiaro, breve e vigoroso dell'esposizione, i giureconsulti romani non trovarono mai chi li uguagliasse. Trovarono invece rivali ad essi superiori nell'arte del-

l'esposizione sistematica, benchè non mai nell'intuito del sistema. Ma resta che la scienza giuridica di nessun paese in nessun suo momento presentò tanto alte qualità quante ne presenta nel suo lungo fiore la scienza giuridica romana.

Di qui derivò che sino a partire dai glossateri gli studiosi del diritto romano per la pratica delle sue fonti ebbero sempre una decisa superiorità tecnica sopra i cultori d'altri diritti. E il moto progressivo della scienza giuridica fu particolarmente opera loro. Lo studio del diritto romano nelle scuole di giurisprudenza s'impone quindi anche per conservare e svolgere a vantaggio di ogni studio giuridico queste attitudini tecniche senza le quali, con qualsiasi conoscenza delle leggi, si resta profani al giure.

Non ha che scarso valore come giustificazione dello studio del diritto romano la considerazione che tanta parte dei diritti attualmente vigenti in vari Stati e non solo europei è una più o meno fedele riproduzione di norme romane. Deve avere, per noi Italiani sopra tutto, un valore molto maggiore il fatto che la storia di Roma è per molta parte nel suo diritto. E solo un giurista può per questa parte narrarla o interpretarne allo storico i documenti.

Capo II.

NOZIONI PRELIMINARI STORICHE.

§ 3. — Formazione e sviluppo dello Stato romano.

Lo Stato romano nasce dalla fusione in una unità politica maggiore di tre unità politiche minori, di tre popoli cioè organizzati politicamente (*tribus*), aventi ciascuno un suo Re, un suo Senato, una sua Assemblea e confinanti di territorio che portavano il nome di *Ramnes, Tities, Luceres*. Essi occupavano sette colli (*septimontium*) situati sulla riva sinistra del Tevere a poca distanza dal mare e cioè le tre vette del Palatino (*Palatinus, Cermalus,*

Velia), le tre dell'Esquilino (*Oppius, Cispius, Fagutal*) e la Subura.[1] Sul colle Palatino stava, forse anteriormente alla unione, un fortilizio, che seguiva la forma quadrangolare del colle e serviva alla tribù dei *Ramnes*. Questo fortilizio dai *Ramnes*, per un mutamento, che si nota anche in altre parole, dell'*a* radicale in *o*, ebbe il nome di Roma (quadrata), nome estesosi nel significato poi sino ad abbracciare anche le case adiacenti dei *Ramnes* e le borgate dei *Tities* e dei *Luceres*. In tempo per i più remoto, per altri prossimo, ossia circa la metà del secolo quinto a. C., alle tre tribù del *septimontium* si aggregò un'altra tribù risiedente sul Quirinale (*collis*), dove teneva una rocca (*Capitolium vetus*).[2] L'effetto dell'aggregazione fu un raddoppiamento del numero dei pontefici, degli auguri, delle vestali (da tre a sei), dei collegi sacerdotali (*Salii palatini, Salii collini; Luperci quinctiales* del Palatino e *Luperci fabiani* del Quirinale), delle centurie dei cavalieri (da tre a sei) e un aumento del popolo tutto, che rimase distinto in *maiores gentes* e *minores gentes*. L'organismo politico (*civitas romanorum quiritium*) così costituito, nel quale le tre antiche tribù scomparvero, si costruì una nuova rocca sulla doppia collina tra il Palatino e il Quirinale (*Capitolium novum*). E si costruì una nuova cinta (*Pomerium*) che patì nel tempo probabili ampliamenti fino ad acquistare l'ampiezza segnata dai residui delle mura Serviane.[3] Lo spazio compreso nella cinta fu diviso in quattro distretti (*regiones*) che durarono sino ad Augusto. Questi gli inizii verisimili di Roma.

La quale adunque non fu mai fondata in nessun senso nè politico, nè materiale, poichè la stessa fusione delle tre tribù primitive può essere avvenuta per gradi, mo-

---

[1] Secondo altri il settimo colle sarebbe stato il Celio unitamente alla Subura. In genere quali fossero precisamente i sette colli originari di Roma è ignoto a noi, con precisione, come era ignoto agli storici romani.

[2] Altri ritiene che la tribù del Quirinale fosse quella dei *Tities*; mentre i *Luceres* avrebbero occupato il Celio.

[3] Queste comprendono, oltre al *septimontium*, il Quirinale, il Viminale, il Celio, l'Aventino, la vallata tra il Palatino e il Quirinale (*forum* e *comitium*) e il Campidoglio.

vendo da una semplice federazione, e il fortilizio palatino, quando fu eretto, serviva a una sola tribù. Il racconto tradizionale della fondazione di Roma come ricovero di un nuovo popolo a una data fissa 754 (753, 751, la leggenda infatti varia) a. C. è mitico.

L'etnografia delle tre tribù ha mediocre interesse per lo storico del diritto romano. Onde basta accennare che erano certamente di razza ariana, e non solo erano, ma si riconoscevano della stessa nazionalità dei *Latini* (abitanti del piano) che avevano a dimora la pianura del basso Tevere sino al mare, pianura terminata e accidentata da monti su cui teneano i loro fortilizi e ripari. Aveano anche memoria di una mescolanza avvenuta in esse di elementi Sabini. Erano del tutto loro estranei gli Etruschi stabiliti in tempi storici di fronte a loro sulla riva destra del Tevere, popolo probabilmente di razza semitica. La storia disputata delle immigrazioni italiche, in particolare l'ipotesi di un dominio etrusco sui colli romani ceduto all'impeto di un'invasione sabellica sulla fine del V secolo a. C. eccede i limiti e lo scopo di questo trattato.[1]

Ogni tribù era divisa in *gentes*. Queste sole formavano la *civitas*. Ma esse aveano schiavi ed aveano clienti, ossia protetti. Schiavi (*servi publici*) avea pure la *civitas* ed avea protetti propri che erano, secondo ogni verisimiglianza, i plebei.

Il popolo romano non ebbe mai come mèta ideale della sua azione l'ampliamento continuo dello Stato. Fu la concatenazione degli eventi combinata colla superiorità tecnica nella politica e nelle armi che lo condusse a stabilire la sua supremazia su tanta parte di mondo, supremazia che ebbe per ultimo risultato storico l'unificazione delle varie genti stabilite sul Mediterraneo e in parte sull'Atlantico in un solo Stato e come in un'immensa Roma, i limiti della quale erano i confini dell'impero. Di questa unificazione va tracciato brevemente il cammino.

---

[1] Rinvio il lettore agli storici di Roma o del suo diritto pubblico o privato e in particolare all'Herzog, *Geschichte und System der röm. Staatsverfassung*, I, p. 3, seg. e al Pais, *Storia di Roma*.

Alle origini Roma non era che una delle numerose città che componeano la federazione latina (*nomen latinum*), alle quali era legata da un *foedus aequum*, dall'obbligo cioè di aiutarle e dal diritto di riceverne aiuto in una guerra difensiva. L'uguaglianza dell'alleanza non impedì che Roma acquistasse nella lega il predominio. In seguito alla guerra tra Roma e i Latini (414-416 d. R.), Roma vincitrice sciolse la federazione e, sostituendosi alle antiche autorità federali, ammise soltanto alcune singole città già federate ad allearsi separatamente con essa secondo un *foedus iniquum*. In forza di questo il comune latino alleato non potea far guerra di per sè, nè concludere trattati neppure con altra città latina; dovea dare inoltre sue milizie a Roma, quante volte questa le richiedesse per le sue guerre, e guerre di Roma diventavano anche quelle combattute nell'interesse di una città latina. Il comune latino alleato conservava però in tutto il resto la sua autonomia politica; continuava ad essere uno Stato e come tale avea magistrati, assemblee, leggi e, per lungo tempo, moneta propria. Inoltre la comunanza di sangue, di lingua, di costumi fra Latini e Romani, avvertita tanto da considerarsi una guerra di Roma contro una città latina come una guerra civile, la vicinanza territoriale, l'intimità dei rapporti, il ricordo dell'antico pari legame federale e delle guerre insieme combattute, fecero sì che Roma desse ai Latini dei privilegi che li accomunavano in parte ai cittadini, e favorisse in particolar modo il loro ingresso nella cittadinanza. Così i Latini hanno *commercium* coi Romani; ossia Romani possono con la mancipazione latina acquistare proprietà latina; e Latini con la mancipazione romana acquistare proprietà romana.[1] Probabilmente certe città latine aveano anche coi Romani il *connubium*. Inoltre i Latini presenti in Roma il giorno di una votazione popolare votano nei comizi tributi riuniti in una tribù estratta a sorte. Il Latino che stabilisca il suo domicilio a Roma non ha che a dichiarare ai censori di voler essere

[1] Naturalmente oltre che di mancipazione il Latino era capace di usucapione. È incerto se il Latino fosse capace di una *in iure cessio* romana, di *nexum* e di *legis actio*.

cittadino romano, per divenirlo. Questa situazione giuridica, che assunse il nome di *ius latii*, Roma la accordò via via a varie altre città quando originariamente fossero composte d'uomini di razza latina o, pur essendo formate d'uomini d'altra nazione, si trovassero latinizzate. Appartenevano alla prima specie di città le colonie dedotte, sciolta la federazione, da Roma, che fossero composte di Latini soli o di Latini e Romani; alla seconda alcune città peregrine prossime al Lazio, le quali formarono il *Latium adiectum*; e molte altre città peregrine sia dell'Italia geografica, sia dei paesi extraitalici.[1] Però colla estensione della latinità e col pregio sempre maggiore che andò acquistando la cittadinanza romana, così da far Roma poco proclive a concederla facilmente ad altri, l'*ius latii* non rimase sempre l'ampio antico descritto. Si cominciò coll'esigere, per accordare la cittadinanza, oltre al domicilio del Latino in Roma, che questi *stirpem ex sese domi relinqueret*. Quindi ai cittadini delle colonie latine dedotte dopo il 486 d. R. e delle città peregrine fornite di *ius latii* dopo codesta epoca (*latini coloniarii*) non fu accordato di pervenire alla cittadinanza che rivestendo una magistratura locale cittadina (il duumvirato, l'edilità, la questura). Roma vincolava così a sè, colla concessione della propria cittadinanza, l'aristocrazia locale. Gli imperatori collegarono l'acquisto della cittadinanza al rivestimento d'altri uffici, prendendo disposizioni particolari secondo le varie città latine. Soltanto al tempo di Adriano risorge in certo senso la tendenza antica favorevole a far di un Latino un cittadino. Troviamo infatti stabilito rispetto a molte città latine che un Latino di esse diventi cittadino col solo divenirvi decurione. Così che non solo erano cittadini i decurioni pervenuti al decurionato passando per le anzidette magistrature, ma anche quelli (*decuriones pedani*) pervenutivi senza coprirle. Questo *ius latii* più favorevole si disse *latium maius;* quello meno favorevole *latium minus*. Va anche

---

[1] La concessione dell'*ius latii* a singoli individui qui non interessa.

ricordato che l'*ius connubii* non fu accordato ai *Latini coloniarii;* questi godettero solo dell'*ius commercii*. La condizione di latino nel corso del tempo disparve. Infatti prima fu accordata la cittadinanza in tempi vari alle città del Lazio antico (*prisci Latini* ed erano le città della federazione latina e le colonie da essa dedotte); via via poscia ad altre singole città latine; le rimanenti città latine italiche al di qua del Po ottennero la cittadinanza contemporaneamente colla legge *Iulia* (664 d. R.), quelle oltre il Po colla *lex Roscia* (705 d. R.); quelle infine extraitaliche divennero tutte cittadine colla concessione della cittadinanza fatta da Caracalla a tutti gli abitanti dell'impero (212 d. C.). In questo momento la latinità politica quindi scompare.

Prima che Roma trovasse nella federazione disuguale il mezzo più adatto per stabilire il suo dominio in Italia e per renderlo accetto, in quanto, mentre esso le assicurava la direzione dello Stato federato nei riguardi dei rapporti internazionali pacifici e guerreschi, lasciava insieme a questo una larga autonomia di vita locale e gli procurava una più valida difesa, essa ebbe ricorso ad un mezzo meno adatto e più violento e fu di disciogliere il popolo vinto e d'incorporarlo nella cittadinanza romana, privando però questi nuovi cittadini del diritto di votare nelle assemblee e della capacità di essere eletti magistrati. Si ebbe così la categoria dei *cives sine suffragio*, di cui il primo esempio si ha nella città di Cere (poco dopo l'incendio gallico?), l'ultimo menzionatoci dagli storici nelle città Sabine (464 d. R.). Come appare, questo modo di ampliamento dello Stato sopravvisse per circa mezzo secolo al ritrovamento dell'altro consistente nel *foedus iniquum* e gli si accoppiò, per svanire già in età antica definitivamente dalla pratica politica di Roma. In questa condizione furono poste le più fra le città latine del Lazio dopo la grande guerra latina, ma prevalentemente città di nazionalità diversa. Queste città benchè incorporate nella cittadinanza otteneano da Roma un ordinamento proprio, che potea variare da città a città, ma in relazione al quale si possono tuttavia distinguere due categorie di *civitates sine suffragio,* formate l'una da

città che conservano una repubblica propria, che hanno cioè magistrati, comizi, e un consiglio proprio, l'altra da quelle che non conservano nulla di tutto ciò. Le singole città *sine suffragio* rimasero tutte per breve tempo in questa condizione; la concessione della cittadinanza *sine suffragio* non era che il prodromo prossimo della concessione della cittadinanza piena. Al chiudersi della guerra sociale le città *sine suffragio* sono sparite.

Salvo i casi ora veduti d'incorporazione, il dominio di Roma anche sopra i popoli italici non di razza latina prese, come si è accennato, la forma di un *foedus iniquum,* importante l'obbligo di dare, se la popolazione è greca, un contingente alla flotta romana, altrimenti un contingente all'esercito. La situazione di queste città è in tutto pari a quella delle città latine, però con minori privilegi, come importava la mancanza di comunione nazionale. Infatti i loro cittadini non hanno la facoltà di acquistare la cittadinanza romana stabilendosi a Roma, nè il diritto di voto in una tribù. Negli ultimi decenni del quinto secolo di Roma si trovano subordinati a questa in tal modo tutti i popoli della penisola sino all'Arno e all'Esino ed altri sparsi oltre questi confini, che separano la Gallia Cisalpina dall'Italia propriamente detta, come territorio questa tutto occupato oramai da federati cittadini, latini, peregrini. I federati sia al di qua che al di là dei fiumi menzionati si chiamarono, con designazione usata prima dagli stranieri e appropriatasi poi dai federati stessi, « italici » da Italia (terra dei buoi) nome proprio in origine di un piccolo territorio delle Calabrie abitato dai Bruzii ed applicato poi in linea geografica già nel sesto secolo a tutta la penisola sino alle Alpi. Nella rimanente età repubblicana crebbe il numero dei federati sul tipo italico nella Gallia Cisalpina, sinchè infine dopo la guerra sociale per un movimento che si compie nel 705 d. R. per successive concessioni della cittadinanza tutti gli abitanti dell'Italia geografica divennero cittadini. Eretta da Silla (?) in provincia la Gallia Cisalpina, il nome d'Italia acquistò un senso amministrativo, secondo il quale indicava la penisola al di qua dell'Appennino sino al Rubicone come ter-

ritorio che, essendo tutto popolato di cittadini, era sottratto al comando militare dei consoli. Solo dopo il 712 d. R. l'Italia da un punto di vista di diritto pubblico comprese anche la Gallia Cisalpina e con Diocleziano le isole italiche, le Alpi Cozie e la Rezia.

Anche con popoli e con re extraitalici Roma strinse spesso trattati di alleanza, ma diversi di contenuto e irriducibili ad un unico tipo. Si può dire che, qualunque fosse la dipendenza di fatto di uno Stato estero da Roma, esso tuttavia non ne era giuridicamente dipendente sino a che non le era legato da un *foedus iniquum.* Il modo comune di estensione dello Stato romano oltre le Alpi e il mare non fu però l'alleanza, ma la riduzione dei popoli vinti in condizione di sudditanza in conseguenza della loro *deditio* a Roma. La *deditio* è un contratto in forza del quale il popolo vinto si dà in piena balìa del popolo romano che gli lascia in cambio la vita e la libertà. Ciò importava lo scioglimento della confederazione, se il popolo dedito era formato di città federate, la dissoluzione dell'unità politica costituita dalle singole *civitates,* e quindi la cessazione di tutti i loro ordini politici, amministrativi, giudiziari e religiosi; la confisca, a favore del popolo romano, di tutto il loro territorio, dei beni delle divinità, e in genere di tutti gli *utensilia* divini ed umani,[1] e la perdita di ogni diritto personale dei dediti. Ma Roma tollerava che le singole *civitates* (non le federazioni cui scioglieva sempre) continuassero a conservare in linea di fatto i loro ordinamenti, ad amministrarsi da per loro e a praticare il culto nazionale, tutte però sottoponendo all'impero militare di un suo magistrato. Per il governo di questi popoli sudditi fu creato il tipo amministrativo della *provincia.* La prima provincia fu la Sicilia; seguì la Sardegna. Fino a questo momento la provincia era quindi un territorio oltre mare. Poscia si ebbero anche provincie continentali. Allora la provincia fu un distretto amministrativo romano extraitalico chiuso da confini, retto dal potere militare di un magistrato permanente, il territorio

[1] Liv. I, 38.

del quale, come in proprietà del popolo romano, era soggetto a stabile tributo fondiario che il territorio italico invece non paga. Delle città incluse nei confini di questo distretto non si sottraevano al potere diretto del governatore e al tributo che le città federate o libere; mentre erano soggette all'uno e all'altro sia le città *dediticiae*, che erano nel maggior numero, sia i comuni di cittadini romani; questi però poteano ottenere l'*ius italicum* o l'*immunitas*, ossia l'esenzione del loro suolo dal tributo in discorso. L'amministrazione era condotta secondo uno statuto locale (*lex provinciae*), fissato provincia per provincia da una commissione senatoria. Oltre alle singole città provinciali, godeva di autonomia locale la provincia stessa nella sua interezza, in quanto ogni provincia ottenne un'assemblea formata di delegati di singole città, che serviva a scopi prevalentemente religiosi ma anche, benchè in grado molto minore, politici.

Per lungo tempo nella concessione della cittadinanza a popoli extraitalici Roma non abbandonò il principio costantemente seguìto (salvo il breve periodo in cui si ebbero *cives sine suffragio*) nella concessione stessa agli italici, ed era di non fondere con sè politicamente un popolo, se non quando la fusione politica fosse preceduta dalla fusione sociale, quando cioè il popolo si trovasse ordinato a città e fosse oramai divenuto per lingua, per costumi, per memorie, per fedeltà romano. Un evento questo che agevolavano e affrettavano le colonie (con vera colonizzazione) latine o di cittadini già menzionate, città latine le une, non città ma meri nuclei locali di cittadini con qualche autonomia amministrativa e non molto dissimili da altri nuclei locali minori pure di cittadini (*fora, conciliabula, castella, vici*) le altre, cui Roma stabiliva tra i popoli assoggettati alla sua egemonia o al suo impero a tenerli in freno. La stessa fusione politica procedeva normalmente per gradi in corrispondenza ai gradi della fusione sociale. Precedeva infatti la concessione della latinità; seguiva quella della cittadinanza. Fu quindi un provvedimento contrario alla tradizione romana la concessione già accennata della cittadinanza a tutti gli

abitanti dell'impero fatta da Antonino Caracalla nel 212 d. C. Esso in tanto riusciva giustificato in quanto in codesta età la cittadinanza anzi che contare come partecipazione alla vita politica dello Stato, contava formalmente come sudditanza diretta allo Stato; e oramai a questa si trovavano in realtà sottoposti ugualmente tutti i popoli dell'impero. L'imperatore non fece quindi che sopprimere una differenza formale, per dare un'espressione a una parità sostanziale.

Da questo momento l'impero romano, compresa l'Italia, si presenta come un vastissimo complesso di città, ciascuna con proprio territorio e amministrativamente indipendenti, salvi certi freni. Ogni cittadino di queste città ha insieme due cittadinanze: quella della sua città e quella romana; la prima è costituita dalla sua appartenenza al comune, la seconda dalla sua appartenenza allo Stato romano. Roma col suo territorio non è più che una città privilegiata per la residenza che continuano ancora a tenervi l'imperatore (per qualche tempo) ed i corpi dirigenti lo Stato, primo fra questi il Senato, e per i favori di cui godevano i suoi abitanti. All'unità dello Stato non corrispondeva però l'unità della civiltà. Roma potè latinizzare la parte occidentale dell'impero, perchè, salvo in alcuni luoghi, la sua civiltà era di tanto superiore a quella dei popoli che sottoponeva al suo dominio. Ma non potè latinizzare la parte orientale, ove trovava al momento della conquista la già secolare e profonda civiltà ellenica, inferiore nei rispetti morali alla romana, superiore nei riguardi delle opere dell'ingegno scientifico ed artistico e della mitezza del costume.

§ 4. — Cenni intorno alla Costituzione romana.

Nella primitiva costituzione romana si ha un capo unico dello Stato, il Re, creato a vita in modo non bene determinato,[1] il quale accentra in sè tutti i poteri civili,

[1] Per designazione del Re defunto? Per designazione dell'*interrex?* Per elezione popolare? O la monarchia era ereditaria? O in-

militari, religiosi e li esercita personalmente o per mezzo di alcuni aiutanti.[1] Al suo fianco sta una corporazione politica permanente, il Senato, che consta di trecento membri e che certamente nacque dalla fusione in un solo dei tre Senati, ciascuno di cento membri, corrispondenti alle tre tribù romulee. Appartenevano al Senato, in origine, i capi (*patres*) delle *gentes;* gli antichi però lo presentano come costituito sempre di persone elette dal Re tra gentili da principio, anche tra plebei posteriormente.[2] È pure elemento originario della costituzione l'assemblea dei gentili atti alle armi. Questa si raccoglie e vota divisa in trenta curie; ogni tribù ne contava dieci; è dubbio se ogni curia contenesse, come afferma la tradizione, dieci *gentes.* Entro ad ogni curia si votava *viritim;* al voto dell'assemblea ogni curia contribuiva con un voto. È incerto se a questi comizi detti curiati partecipassero i clienti; la questione dipende dall'essere questi una dipendenza, anzi che parte, della *gens.* Certamente non vi partecipavano, almeno originariamente, i plebei, come estranei alle *gentes* e indipendenti da queste. Il Re impera. Il Senato veglia onde i principii fondamentali della costituzione non siano violati e consiglia autorevolmente il Re. La competenza primitiva dei comizi è dubbia.

I progressivi mutamenti di questa costituzione corrispondono allo sviluppo della vita interna ed esterna di Roma.

I plebei chiamati a difendere colle armi la *civitas* esigono di divenire cittadini essi stessi, non accontentandosi di parziali aggregazioni di certe stirpi loro alle tribù gentilizie e dell'ammissione di qualche eminente plebeo di codeste stirpi in Senato, che secondo la tradizione sarebbero state opera di Tarquinio Prisco. La pretesa dei

---

fluivano sulla nomina del Re alcuni di questi elementi? O influivano tutti? Era necessaria la *lex curiata de imperio?* Era necessaria *l'inauguratio* del Re?

[1] Laici: *tribunus celerum, praefectus urbi, quaestores parricidii, duoviri perduellionis*; religiosi: *feciales, augures, pontifices, flamines.*

[2] Nasce di qui la formola: *patres* (gentili) *conscripti* (plebei)?

plebei a traverso questa accennata ed altre probabili ma ignote modificazioni della costituzione si trovò finalmente soddisfatta in un ordinamento costituzionale, attribuito a Servio Tullio, ma che non è invece se non il risultato ultimo delle lente trasformazioni accennate.

Secondo questo ordinamento, i fondi in proprietà privata, sia nell'urbe che nell'agro, sono ripartiti in tribù. La tribù serviana è quindi anzitutto locale anzi che come l'antica romulea nazionale, in quanto che ciascuna risulta dall'insieme di un certo numero di fondi. Si ebbero quattro tribù urbane e un numero di tribù rustiche che variò col tempo sino a raggiungere in età abbastanza antica il numero di trentuna. La tribù locale determinava come conseguenza la tribù personale. Il *pater familias*, che è proprietario fondiario, e la sua discendenza agnatizia maschile erano *tribules* di quella tribù in cui era inscritto il fondo di cui quegli era proprietario. Solo se avea fondi in varie tribù, occorreva l'intervento del magistrato che dichiarasse lui e i suoi *tribules* di una.

La ripartizione per tribù fondeva e parificava gentili e plebei nei riguardi dell'imposta di guerra, il *tributum*, specie di prestito forzoso che si levava per tribù ed era pagato da chi era proprietario fondiario, fosse esso gentile o plebeo. Più li fondeva e parificava un'altra partizione, ed è quella in classi e centurie. Sta a base di questa il pensiero che la difesa dello Stato con le armi incombe a chi è proprietario fondiario, il quale deve servire in guerra con arma propria. L'onere di codesta difesa è il prezzo del diritto di voto. Maggiore la ricchezza e più costosa l'arma protettiva o offensiva, ma anche di maggior peso il voto. Precisamente a seconda della loro varia ricchezza fondiaria patrizi e plebei sono divisi in cinque classi, di cui la prima comprende ottanta centurie, le tre successive venti per ciascuna, l'ultima trenta. In parte frammiste, in parte aggiunte alle classi stanno cinque centurie di non proprietari fondiari, esclusi dalla milizia combattente, ma che la adiuvano o ne formano la riserva e che solo in processo di tempo, come riteniamo, furono ammesse al voto. Al di sopra, distinti dalla prima classe

per una maggiore ricchezza richiesta in linea di diritto o di fatto (il punto è controverso), stanno mille e ottocento cavalieri distribuiti in diciotto centurie di cento uomini l'una (tutte le altre poteano contenere invece un numero molto vario di persone), e questi ricevono dallo Stato il cavallo e il foraggio. I membri della prima classe servono con arma grave; con armi proporzionalmente men gravi i membri delle altre classi; servono senz'arma le cinque centurie accennate. Questa massa di popolo detta *exercitus urbanus,* perchè formata e distribuita così da poterne levare col *dilectus* l'esercito militante, si raccoglie ora in una nuova forma di comizi detti centuriati dal votarvisi per centurie. In codesti comizi quindi i cavalieri e la prima classe congiunti disponeano della maggioranza dei voti. A mantenere questo ordinamento, che, come appare, è finanziario, politico e militare su base timocratica, in rapporto colle mutevoli condizioni demografiche e patrimoniali, soccorreva l'istituto del censo quadriennale prima, quinquennale poi, che la tradizione fa sorgere insieme all'ordinamento stesso. Il quale patì, circa la metà del quinto secolo di Roma, una modificazione sostanziale, poichè fu posto sulla base non più della proprietà fondiaria, ma della ricchezza anche mobiliare. Allora la tribù personale si staccò dalla locale. Era il magistrato che inscriveva i cittadini ad arbitrio nelle varie tribù, nelle quali ora sono inseriti anche i più poveri fra loro.[1] Più tardi ancora (verso la metà del sesto secolo di Roma?) la distribuzione in classi e centurie fu intrecciata, in modo in parte certo, in parte maggiore incerto e per fini dubbi, colla distribuzione in tribù. Questa servì anche di base (dal 283 d. R.?) a nuove assemblee: i *concilia plebis tributa* e i *comitia populi tributa.* Rimasero tuttavia gli antichi comizi curiati, ai quali ora sono ammessi anche i plebei, ma la competenza loro si rat-

[1] In tempi tanto più tardi la tribù personale tornò a coincidere colla tribù locale e fu quando la tribù locale risultò formata di territori di città italiane. Il cittadino di una di queste città era perciò stesso *tribulis* di quella tribù in cui era inscritto il territorio della sua città.

trappisce così che cessano di essere strumento della vita politica. Le trenta curie finirono coll'essere rappresentate da trenta littori.

Certamente tanto prima di queste modificazioni un moto politico di origini oscure, cui una tradizione, per lo meno molto discutibile, fa posteriore alla riforma serviana, condusse a sostituire al capo unico a vita dello Stato, il Re, due capi (consoli), eletti in tempi storici nei comizi del popolo (se anteriormente in modo diverso, ossia per designazione dell'antecessore, è probabile, ma incerto) che durano in carica un anno e si frenano l'un l'altro nell'esercizio della potestà già regia, che spetta integralmente a ciascuno di loro, per la possibilità che l'uno interceda contro gli atti dell'altro, ne vieti cioè il compimento. I consoli hanno, come or ora si è detto, lo stesso potere del Re, diminuito però della potestà religiosa, che resta quasi per intero devoluta ai sacerdoti. Dovea subire ulteriori diminuzioni nel corso del tempo colla istituzione di magistrati elettivi (l'elezione nei comizi di tutto il popolo diventa un carattere distintivo della magistratura romana) incaricati di alcune speciali mansioni prima consolari. Nel 387 d. R., secondo la tradizione, si istituì infatti un terzo console minore (il pretore), incaricato di rendere giustizia. Nel 512 d. R. si istituì un secondo pretore per l'amministrazione della giustizia nelle liti tra cittadini e peregrini, mentre l'antico pretore dirigeva il processo tra cittadini. Altri pretori furono poi istituiti per l'amministrazione delle provincie e per la presidenza di certi giudizi penali. Forse anteriormente alla pretura furono istituiti due censori per fare il censo, e a questi resta devoluta l'amministrazione del patrimonio dello Stato. Contemporaneamente alla pretura sorge l'edilità, come ufficio di polizia della vita cittadina e particolarmente dei mercati. Si convertirono già *ab antico* in magistrati elettivi anche gli aiutanti del console (i questori) colla precipua incombenza dell'amministrazione del tesoro dello Stato. Nelle gravi necessità dello Stato Roma usò, durante la repubblica, ristabilire il potere regio, permettendo ai consoli prima, quindi ai comizi, di

eleggere un dittatore, al quale restano sottomessi tutti gli altri magistrati e contro il quale sino alla metà del quinto secolo d. R. non vale neppure l'intercessione tribunizia. Tutte queste magistrature, di cui abbiamo fatto parola, trascurando altre meno importanti, coperte solo da patrizi all'inizio della repubblica, nel corso di essa vennero aperte ai plebei, i quali possedevano già sin dal 260 d. R. specie di magistrati propri: gli edili plebei e i tribuni della plebe. Questi ultimi godevano essenzialmente non di una competenza d'azione, ma di opposizione che esercitarono a tutela prima dei plebei contro i magistrati patrizi, poscia del popolo contro gli oligarchi. La loro intercessione sospende gli atti d'ogni magistrato.

Più di tutto però il potere dei consoli, e col loro di tutta la magistratura romana, fu diminuito dal Senato. Mentre infatti i senatori in origine erano nominati dal Re e poscia dai consoli, ottennero in seguito di essere nominati dai censori. Il Senato si sottrasse, circa alla sua composizione, anche dalla dipendenza ai censori, quando questi furono tenuti a nominare senatori gli ex-magistrati e questi bastarono ad integrarlo. Allora esso finì coll'essere eletto indirettamente dal popolo, poichè questo, eleggendo i magistrati, li presentava insieme al seggio in Senato. Il Senato come corpo permanente, continuamente attivo, non poteva a meno di asservirsi i magistrati, che teneano l'ufficio per breve tempo, erano eletti in comizi sui quali era forte la sua influenza e ricevevano da esso il governo dell'una o dell'altra provincia dopo usciti di carica. Il Senato repubblicano è formato di senatori patrizi, che costituiscono il Senato patrizio con ristrette competenze e di poca importanza pratica; e di senatori plebei che unitamente ai patrizi formano il Senato patrizio-plebeo. Sua funzione consigliare i magistrati. Ma il consiglio nel corso del tempo si estende a tutta l'attività politica e in gran parte anche amministrativa loro, e acquista il valore di un ordine. Il Senato divenne il pensiero politico di Roma; la magistratura il braccio che eseguisce.

Di fronte al Senato conservarono sempre autorità, durante la repubblica, i comizi. Ridotti a una larva i comizi curiati, rimangono operosi i comizi centuriati, tributi e i *concilia plebis tributa*, forniti di un'ampia competenza legislativa, elettorale e giudiziaria, quantunque non sempre nettamente determinata, che va progressivamente estendendosi e che sopra tutto esercitano con sempre maggiore indipendenza dai magistrati. Ma per l'appunto nel momento (l'ultimo secolo della repubblica) in cui si sviluppa la teoria democratica che i comizi come rappresentanti il popolo devono essere del tutto sovrani nello Stato, si rendeva più che mai manifesta la contraddizione insita nel fatto che assemblee raccolte in Roma, e formate naturalmente delle persone che aveano l'opportunità di fatto di assistervi, pretendessero rappresentare la volontà di una cittadinanza che oramai si componeva di milioni d'uomini e decidessero delle sorti di uno Stato estesissimo. L'assemblea alla quale sola poteva essere commessa la cura degli interessi pubblici era in realtà il Senato. Tuttavia le assemblee popolari nell'ultimo secolo e mezzo della repubblica, se si toglie il breve periodo della restaurazione Sillana, compirono una funzione politica importante e fu di opporsi ai soprusi della *nobilitas* in favore di un indirizzo democratico di governo.

Roma fu sempre, come già si notò, diretta da un'aristocrazia. E prima furono dirigenti lo Stato i vecchi cittadini (i patrizi); poscia nella repubblica avanzata la *nobilitas*. La quale consta delle poche famiglie patrizie superstiti e di quelle famiglie plebee, un membro delle quali avea occupato una carica curule. Questo fatto rendeva notabili (*nobiles*) le persone a loro appartenenti. La ricchezza, le clientele, le aderenze di queste famiglie importarono che esse sole dominassero lo Stato. Le cariche non venivano che raramente devolute dai comizi a persone che non vi appartenessero. E di questa posizione privilegiata approfittarono per governare lo Stato nel proprio interesse, impossessandosi delle terre, da cui il lavoro servile cacciava i piccoli proprietari plebei, usurpando l'agro pubblico, sfruttando le provincie. Rivali

alla *nobilitas* specialmente in questo sfruttamento erano i cavalieri: una classe sociale costituita di cittadini esercenti ordinariamente il grande commercio e la finanza preclusi ai senatori e che prende il nome da ciò che i suoi membri possedevano almeno quel censo elevato che era richiesto per essere chiamati a servire in guerra con cavallo proprio. Essa costituiva un'aristocrazia di secondo ordine, pronta in un interesse di ricchezza e di potere ad unirsi al partito democratico sorto dopo le guerre puniche. Il quale si formava di tutti i malcontenti del governo della *nobilitas:* proletari, proprietari minacciati nel possesso o nelle rendite dei loro fondi, italici a cui si contendeva la cittadinanza, e delle persone illuminate che nel pubblico interesse lamentavano i mali del governo oligarchico. Si venne così ad una rivoluzione durata oltre un secolo, nel cui seno sta la guerra sociale, e che condusse lo Stato ad adagiarsi in una nuova costituzione, in cui il principio aristocratico e romano era rappresentato dal Senato, il principio democratico e cosmopolitico dall'imperatore, il quale legava a sè elevando e ordinando a secondo ordine sociale dello Stato i cavalieri, mentre il primo ordine restava costituito dalle persone di rango senatorio.

L'impero è frutto di una necessità politica identica di natura, ma tanto superiore di forza a quella per la quale le repubbliche comunali italiane sparirono, per essere sostituite dai principati. La costituzione repubblicana era fatta per il governo di una città e non di un grande Stato, quale era divenuta Roma. Essa era in contraddizione con tutta la nuova realtà. Non poteva il mondo subire magistrati eletti e leggi sancite da assemblee non rappresentative raccolte in Roma, alle quali partecipava un'infima, di numero e di valore, parte del popolo dominatore. Nè lo poteano governar bene magistrati privi quasi di personale burocratico pubblico, che teneano le cariche breve tempo e tra freni, onde la forza e l'indipendenza del loro potere era presso che annichilata. Il Senato per composizione, stabilità e tradizioni era meno disadatto alla nuova situazione di cose. Ma anch'esso era un'assemblea eletta indirettamente dalle assemblee accen-

nate, quindi non una rappresentanza di tutto il popolo. Data inoltre la mole ingente degli affari, che per la vastità del dominio romano e per la subordinazione dei magistrati sin nei particolari dell'amministrazione al suo volere gli erano devoluti, l'azione sua, anche se non fosse stata traviata da spirito di classe e di parte, riusciva necessariamente restia alle innovazioni, lenta, contraddittoria, inefficace. Specie nei riguardi delle opere e ancor più della disciplina militare. Gli eserciti fattisi stabili e mercenari, lontani da Roma e dall'Italia, mal poteano infatti serbare fedeltà ad un'assemblea di nobili e ai capitani mutevoli e non di rado inetti che per favore personale e politico essa dava loro. Il Senato portava infine nell'amministrazione delle provincie un pensiero che era un po' di tutti i cittadini, ma specialmente di quanti risiedevano in Roma; il pensiero cioè che il mondo dominato da Roma dovea essere governato nell'interesse di Roma. Un mutamento della costituzione era perciò necessario, e un mutamento diretto a ricostituire un centro individuale e duraturo d'azione, colla nomina di un magistrato permanente, il quale fosse e si sentisse rappresentante di tutto lo Stato e governasse quindi nell'interesse non di Roma e dell'Italia soltanto, ma di tutto l'orbe romano. Questo magistrato fu l'imperatore.

Nell'impero vanno distinti due periodi: la diarchia o il principato, la monarchia. Nel primo periodo l'imperatore è un magistrato straordinario aggiunto alla vecchia costituzione, che resta in vigore. Questo magistrato ha da Tiberio il proconsolato a vita per tutto l'impero e, senza essere un tribuno della plebe, gode della potestà tribunizia. È poi fornito di un potere politico suppletivo per tutte le necessità alle quali non basti il Senato. Rimanendo la vecchia costituzione, continuano a sussistere (sino a Nerva) i comizi legislativi, benchè siano convocati di rado; i consoli e gli altri magistrati, che vengono eletti però dall'età di Tiberio dal Senato, il quale così si rinnova principalmente per cooptazione; continua a sussistere anche l'antica cassa repubblicana, l'*aerarium*, a fianco della nuova imperiale, il *fiscus Caesaris*, e infine

rimane il Senato. Il quale governa direttamente alcune provincie dette del Senato, mentre l'imperatore governa le non pacificate o di nuova conquista, che son dette di Cesare. Si ha adunque nelle forme l'antica repubblica con un magistrato in più, che però non ha nome, non ha competenza bene definita e non è nemmeno eletto in modo costituzionalmente certo.[1] In realtà la repubblica era finita. L'imperatore pontefice massimo e capo di tutte le forze militari che gli prestano giuramento di fedeltà e d'obbedienza, padrone di far la guerra e la pace, ministro di tutta la politica esteriore dello Stato, fornito praticamente prima e poi giuridicamente della facoltà di far eleggere alle magistrature repubblicane chi voleva usando del diritto di *nominatio* e *commendatio;* dirigente certi importanti servizi pubblici, che sarebbero stati propriamente di competenza dei magistrati repubblicani e del Senato, mediante ufficiali di sua nomina (*praefectura annonae, urbis, vigilum, curatores viarum, riparum, cloacarum,* ecc.), provvisto di mezzi finanziari ingenti,[2] signore senza freno delle sue provincie, santo per il potere tribunizio per il quale annullava, volendo, coll'intercessione, quello dei magistrati repubblicani, era troppo più forte del Senato, perchè non si vedesse che il principio costituzionale di una continuazione della repubblica era non più che una finzione. L'imperatore non potea a meno non solo d'influire sull'azione del Senato, ma anche di usurparne le funzioni. Questo tuttavia non cessò dal difendersi e dall'essere sempre un'assemblea a cui l'imperatore dovea avere riguardo, e di cui poteva anche temere per l'autorità storica e sociale di cui godeva. La storia del principato è storia di lotta di rado aperta, il più spesso occulta fra imperatore e Senato, lotta interrotta da tregue più o

---

[1] Si disputa se costituzionalmente era nominato dal predecessore per designazione o dal popolo e se in questo caso la rappresentanza del popolo era tenuta dalle legioni o dal Senato.

[2] Alla sua cassa andavano i proventi delle provincie di Cesare, tutti quelli dell'Egitto, paese che da Augusto si considerò come un diretto dominio del principe, i legati frequentissimi dei cittadini all'imperatore, gli introiti dei suoi vastissimi beni privati, ecc. ecc.

meno lunghe. L'età più gloriosa della diarchia è quella che va da Nerva a Marco Aurelio. Ma anche quando si ebbero principi personalmente incapaci e peggio, le istituzioni politiche imperiali assicurarono al mondo romano la pace e la prosperità. Sopra tutto fiorirono le provincie, nel governo delle quali l'imperatore pone la massima cura. Esse furono da lui sottratte alle concussioni della nobiltà e dei cavalieri, onde, protette validamente da poche forze militari (circa trecentomila uomini[1] bastarono per più di due secoli alla difesa di un impero vasto quasi quanto il mondo allora conosciuto) e molto più dal prestigio del nome romano contro le invasioni barbariche, poterono coltivare fruttuosamente le arti della pace. L'Occidente fu tutto pienamente romanizzato. L'Oriente sviluppò ulteriormente la sua civiltà e trovò negli ordinamenti imperiali un governo, che lo spirito ellenico, pieno di mobilità, di gelosie, inetto alle arti dello Stato, non avrebbe mai potuto produrre.

Ma vennero i giorni tristi in cui sotto la pressione delle razze barbariche stabilite oltre il vallo di Pio, oltre il Reno, il Danubio e l'Eufrate, la difesa militare organizzata da Augusto e di poco modificata posteriormente cedette, e insieme le forze centrifughe trassero allo stabilimento di autonomie più o meno transitorie nazionali. Nei cinquant'anni che corrono da Alessandro Severo a Diocleziano, l'impero soffrì di tutta l'insufficienza dell'ordinamento diarchico. Occorreva rinforzare la difesa militare e riordinare lo Stato rendendo più valido l'accentramento del comando e il discentramento delle funzioni. Questa fu l'opera di Diocleziano e Costantino.

Con Diocleziano la diarchia finisce; comincia la monarchia. L'imperatore non è più *princeps*, ma *dominus*. Sotto di lui agisce un'immensa burocrazia, che finisce col distinguersi contrariamente a tutta la tradizione di Roma in civile e militare. Il Senato privo di poteri politici di qualche importanza diviene l'ombra, per quanto ancora maestosa, dell' antico. L'Italia è ridotta ad essere

[1] Computo solo le legioni e le truppe ausiliarie ad esse aggregate.

un distretto amministrativo, sottoposto a stabile tributo al pari delle altre provincie. Triplicato l'esercito, accentrati i poteri in due Augusti e in due Cesari loro inferiori istituiti per regolare la successione al trono e per il decentramento dell'azione governativa, Diocleziano potè ricostituire l' impero nella sua estensione e nella sua unità. Unità che perdura formalmente anche quando alla fine necessità di difesa, di azione più pronta e la dispari civiltà delle due parti dell' impero portano al distacco definitivo della parte latina occidentale dell'impero dalla parte orientale ellenica.

L'impero occidentale non potè resistere con tutto ciò al cozzo dei barbari e svanì nel 476 d. C. Ma va ricordato che lo sforzo di Diocleziano permise di penetrare anche i Germani di qualche civiltà latina; tanto che nel tardo impero essi poterono divenire i difensori armati più validi dell'impero stesso sotto bandiera romana, e acquistare tale un culto di Roma, che lo sforzo dei primi re barbari italiani, di Odoacre, di Teodorico, non fu di germanizzare gl' Italiani, ma di romanizzare i Barbari. E l'Italia ancora nel sesto secolo vive in piena tradizione romana. L'impero orientale avea maggiore capacità di difesa; tanto maggiore che occorsero molti secoli a consumarlo. Ridotto a una provincia, cadeva nel 1453 imperando Costantino Paleologo.

§ 5. — Fasi di sviluppo del diritto privato romano.

L'evoluzione del diritto privato di qualsiasi popolo non tollera quell'esposizione succinta, che si può normalmente fare del suo diritto pubblico. Le istituzioni giuridiche private, avendo radici più profonde nelle condizioni fisiche, intellettuali e morali di un popolo, sono più tenaci in sè delle pubbliche e meno esposte a subire l'esempio o la pressione di altri popoli. Esse perciò si mutano quasi insensibilmente; la forza dell'alterazione non si avverte che confrontando epoche tra loro lontane. Dovendo esporre in seguito con sufficiente ampiezza la storia dei

singoli istituti, qui basterà che ci occupiamo di segnare i grandi periodi dell'evoluzione del diritto privato romano, come quelli che si connettono intimamente allo sviluppo or ora delineato dello Stato e della sua costituzione.

Gli scrittori più recenti ne annoverano tre: *a)* il periodo del diritto quiritario, che andrebbe dalle origini di Roma alla fine della guerra annibalica (554 d. R.), periodo caratterizzato dalla convenienza del diritto a una società ristretta che mena vita pastorale ed agricola, senza grandi commerci, ligia alle istituzioni sue primitive; *b)* il periodo del diritto romano universale, che andrebbe dalla fine della guerra annibalica alla morte di Alessandro Severo (235 d. C.); durante questo periodo, il diritto abbandonerebbe il rozzo e semplice carattere primitivo per affinarsi e adattarsi a una società ampia, culta, ricca, non più agricola ma prevalentemente mercantile e coprente dei suoi negozi il mondo, quale diveniva rapidamente già nei primordi del periodo stesso, in seguito alle immense conquiste e ai larghi contatti con popoli stranieri, la romana; *c)* il periodo romano-ellenico dalla morte di Alessandro Severo al compimento della legislazione giustinianea inclusivamente; in questa età il diritto sotto l'influenza diretta della civiltà ellenica di cui è pregno l'Oriente, mentre in Occidente ogni cultura decade e l'impero stesso langue e si spegne, si trasformerebbe in un diritto umano adatto alle condizioni materiali e psicologiche più comuni a popoli civili.

È difficile segnare periodi, dove è continuità costante di sviluppo, e perciò stesso le partizioni hanno tutte e sempre poco o molto d'arbitrio. Quella presentata è tra le meno arbitrarie. Tuttavia io credo più esatto fissare due sole fasi di sviluppo del diritto privato romano: il periodo romano e il periodo romano-ellenico, che sarebbero divisi, tanto per fissare una data, dal 250 d. C. I due periodi corrispondono ai due grandi momenti della storia di Roma, segnato l'uno dal dominio della *civitas* romana sull'orbe, l'altro dal suo assorbimento nell'orbe. Nel primo, gli organi formatori del diritto si mantengono fedeli alla tradizione giuridica locale di Roma sviluppando, correg-

gendo, solo in menoma parte abbandonando gli antichi istituti indigeni. Essi portano in far ciò uno spirito sempre più largo di vedute, più agile e più fine in corrispondenza alla sempre maggiore grandiosità della vita romana nello spazio e negli atti; ma senza che sia dato di scorgere mai intensificazioni rapide e violente dell'evoluzione o una sua diversa orientazione. Perchè anche il diritto antico era progressivo al punto da farsi talora rivoluzionario;[1] anche molta parte di esso era *ius gentium*; anch'esso conosceva atti non formali e traeva ammaestramenti dal diritto d'altri popoli. E la nuova operosità del pretore dopo la guerra annibalica non fa che porsi a lato a quella già propria ab antico della giurisprudenza, seguendone l'indirizzo ed i fini.[2] Sino al 250 d. C. il di-

---

[1] Basta che accenni all'introduzione del matrimonio *sine manu*, della manomissione dei servi o almeno di certe forme di manomissione, dell'adozione, dell'emancipazione, delle *in iure cessiones*, dei legati, ecc.

[2] La giustificazione di quest'affermazione domanderebbe un lungo discorso, che qui non posso fare. Mi limito quindi a dire che famiglia, possesso, proprietà, servitù, obbligazioni, legati non presentano in tutto questo periodo caratteri diversi dall'originario loro: la famiglia è ancora in Gaio la famiglia politica antica; il possesso è sempre connesso ai precarii dello Stato e al commercio dei servi; la proprietà colla sua distinzione delle cose in *mancipi* e *nec mancipi*, cogli scarsi limiti della proprietà fondiaria, risente ancora della vita gentilizia e del carattere di sovranità territoriale quanto ai fondi; le servitù come le obbligazioni sono sempre asservimenti dei fondi e degli uomini come in antico; il delitto e il contratto sono sempre l'atto di guerra o l'affare in uso tra genti; l'eredità è patrimoniale, ma tale era anche nel vecchio diritto e i legati appartengono anch'essi a questo. E se si va a guardare gli atti costitutivi dei rapporti giuridici, le forme loro, i modi di acquisto e di perdita dei diritti, le cause delle obbligazioni e delle delazioni dell'eredità, mai o quasi mai s'incontra un fatto nuovo che non sia puro svolgimento naturale del diritto autoctono romano. Il grande argomento per separare dal vecchio diritto il diritto posteriore alle guerre annibaliche è il diritto pretorio. Ma quando si guardano le prescrizioni del diritto pretorio una per una, quante sono quelle che si presentano per correzioni delle norme antiche, che non siano mero prodotto e riflesso della vita locale e non diverse d'indole da altre che troviamo introdotte nel vecchio diritto rispetto al diritto primitivo? Esclusa l'idea che l'*ius gentium* sia un diritto importato, anche la progressiva prevalenza di questo non basta a legittimare una distinzione di due periodi entro il lungo periodo che noi facciamo primo dell'evoluzione del diritto romano.

ritto romano è quindi sempre un diritto nazionale; direi che anch'esso è cittadino romano al modo dei cittadini sino alla costituzione antonina, che erano tutti o romani di nazione o romanizzati.

Ma come dopo codesta costituzione è cittadino il suddito dell'impero romanizzato o meno, così a partire dalla metà del terzo secolo il diritto si fa sempre meno nazionale per trasformarsi in un diritto razionalistico, consono nel contenuto e nelle forme ad una società cosmopolitica. Il genio di Roma non guida più che cogli esempi delle opere degli antichi legislatori i nuovi, che attingono invece le loro inspirazioni al genio vivo e presente degli elleni, un popolo, il pensiero e i sentimenti del quale erano universali, certo meno legati alle contingenze momentanee e particolari a luoghi e a nazioni. Chi fece trionfare pienamente nel diritto questo carattere, mondando il diritto precedente di quanto avea ancora di nazionale per conservarne quanto avea di universale e fonder questo coi propri precetti tutti improntati d'universalità, fu Giustiniano. Ed è per merito di codesto indirizzo della sua legislazione che questa potè convenire alle nuove società europee.[1]

§ 6. — Le fonti del diritto.

I Greci chiamavano νόμοι le norme imperative di qualsiasi genere e le distinguevano in due categorie: scritte (νόμοι ἔγγραφοι) e non scritte (νόμοι ἄγραφοι). Quelle erano le leggi. Queste abbracciavano tutto l'ἔθος, ossia, oltre al diritto consuetudinario, anche il costume e la moralità. Questa partizione dei νόμοι nel senso greco del termine fu dai compilatori giustinianei adattata all'*ius*, parola che indica invece soltanto le norme giuridiche, dicendo che il diritto si distingue in *scriptum* e *non scriptum*.[2] Quest'ultimo

---

[1] Non facciamo parola nel testo di un'influenza del Cristianesimo sul diritto privato, perchè si riduce ad una quantità trascurabile.

[2] In prova noto che la l. 6, § 1, D. 1, 1 Ulp., è interpolata perchè l'*igitur* non è giustificato dal discorso precedente. In l. 33, D. 1, 3

consta per essi oramai del solo diritto consuetudinario, mentre nell'età antichissima avrebbe compreso a loro avviso anche l'interpretazione delle XII tavole fatta dai

---

Ulp., le parole *in his quae non ex scripto descendunt* hanno forma greca, non hanno senso plausibile e si possono omettere lasciando al testo un senso perfetto. E ugualmente si possono omettere *non minus quam ea quae scripta sunt iura* in l. 35, D. 1, 3 Herm. — *quod sine scripto venit; sine scripto* in l. 2, §§ 5, 12, D. 1, 2 Pomp. — *scriptis* in l. 32, pr. D. 1, 3 Giul. assurdo in bocca a Giuliano, poichè per lui le *leges,* dato che questa parola sia sua e non sia interpolata tutta la proposizione: *de quibus causis scriptis legibus non utimur,* erano necessariamente tutte scritte. Nella stessa legge al § 1 *sine ullo scripto* è sostituito dai compilatori a *sine suffragio.* La l. 36, D. 1, 1 Paul. esprime il pensiero tutto greco (v. Pernice, *Parerga,* X, p. 38) e punto romano della superiorità della consuetudine sulla legge; essa cominciava e finiva colla frase: *immo magnae auctoritatis hoc ius habetur;* è un'aggiunta il resto che col *probatum* e il *comprehendere* tradisce la mano di chi scrisse *comprobati, comprobavit, reprehendissent* nelle istituzioni giustinianee, §§ 9, 10, I. 1, 2. Traccie di stile bizantino reca del resto tutta l'esposizione della partizione nelle istituzioni. Anche il vanto che i Romani, facendo constare il loro diritto di norme scritte e non scritte, imitarono insieme Atene e Sparta, di cui l'una preferisce le norme scritte, l'altra le non scritte, benchè abbia qualche connessione con altre affermazioni simili di scrittori non giuridici romani (v. Pernice, *Parerga,* X, p. 42), è assurdo in bocca a un giurista romano ben conscio dell'origine nazionale del suo diritto e del carattere nazionale delle sue fonti. Argomenti ulteriori per la nostra tesi sono: che Gaio, 2, 7, Papiniano in l. 7, pr. D. 1, 1 e Pomponio stesso (se dalla sua l. 2, § 12, D. 1, 3 si tolgano le parole *sine scripto*) omettono la distinzione ed enumerano come sole fonti del diritto romano le fonti che i giustinianei chiamano scritte; che era impossibile a giuristi romani dire diritto scritto l'editto che si chiama appunto *e-dictum* e non *e-scriptum,* e valea come comunicazione orale; che nell'alta antichità le leggi non erano scritte o almeno valeano anche mentre non erano scritte e lo stesso va detto dei senatusconsulti sino a disposizioni relativamente recenti; che la bipartizione si trova nelle istituzioni giustinianee e nei pochissimi testi citati appartenenti tutti ai tre primi titoli dei digesti, i più elaborati dai compilatori; che essa è strana già per ciò che alla prima parte è assegnata una sola fonte e le altre tutte alla seconda; insignificante o almeno di significato dubbio; e che da ultimo i Romani non si sarebbero data tanta pena di fondere la consuetudine nella legge se fosse loro apparsa una fonte di diritto a sè. Le dichiarazioni di filosofi o retori romani educati alla cultura greca (Cic., part. or., 130; Gellio, 11, 18, 4; Quintil., 12, 3, 6) ove si accenna alla partizione non ostano al nostro concetto. La giurisprudenza romana pensava e scriveva indipendentemente dalla filosofia e dalla retorica.

primitivi giureconsulti. Al diritto scritto attribuiscono le seguenti fonti: *lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, magistratuum edicta, responsa prudentium.*[1] Questa distinzione dei bizantini è in contraddizione colla natura di alcune delle fonti inserite tra il diritto scritto,[2] separa, contrariamente alla tradizione scientifica romana, giustificata dagli ordinamenti costituzionali, la consuetudine dalla legge,[3] non si regge nè dinanzi al diritto classico, in cui erano vive le singole fonti scritte che Giustiniano enumera, ma in cui la consuetudine era fusa nella legge; nè dinanzi al diritto giustinianeo, in cui delle singole fonti enumerate non sono vive che due: la consuetudine e i *placita* dell'imperatore; ed è da ultimo priva di ogni pratica importanza.[4] Si spiega però facilmente come i compilatori vennero a stabilirla. Essendo molto diffusa in Oriente la partizione veduta dei νόμοι, credettero opportuno applicarla alle fonti del diritto romano. E poichè leggi, plebisciti, senatusconsulti, editti, costituzioni imperiali, responsi dei giuristi stavano innanzi a loro redatti in iscritto e in iscritto si redigeano anche le nuove costituzioni imperiali, poichè ancora la necessità costituzionale di collegare la consuetudine alla legge era meno sentita, così si presentò spontaneamente a loro l'idea di separar questa dalle altre fonti, facendone un νόμος ἄγραφος, in antitesi alle altre che per essi erano tutte oramai νόμοι ἔγγραφοι.[5]

Presentandoci i classici come sole fonti del diritto quelle che Giustiniano qualifica come fonti scritte, faremo parola di queste sole; così la consuetudine verrà presentata nella luce, in cui essi la scorgevano.

---

[1] Con qualche lieve divario l'enumerazione è ripetuta in Gaio, 1, 2; in l. 7, pr. D. 1, 1 Pap. e in l. 2, § 12, D. 1, 2 Pomp. Si avverta che nei due primi testi per *responsa prudentium* s'intendono solo i responsi dati dai giuristi forniti dell'*ius respondendi.*

[2] V. la nota 2, pag. 31.

[3] V. quanto diciamo più innanzi sulla consuetudine.

[4] Un giudizio non meno severo su di essa pronuncia il Pernice, *Parerga*, X, p. 40.

[5] L'inserzione dell'*interpretatio* antica fra le fonti del diritto non scritto è un'applicazione storica della distinzione che si volea fare o si era già fatta tra le fonti trattate come vigenti.

La legge. Nella enumerazione delle fonti di diritto veduta la parola *lex* sta ad indicare la *lex rogata* nei comizi di tutto il popolo ed erano i curiati, i centuriati e i tributi.[1] Essa non significa nè legge nel senso di diritto obbiettivo in genere[2] e neppure la *lex data*.[3] Ignoriamo quando siano incominciate le *leges rogatae* in Roma.[4] Sappiamo invece con verisimiglianza che la *lex* mutò nel tempo di funzione e di carattere. Sembra infatti che alle origini non usasse che per istabilire delle derogazioni in casi speciali al diritto esistente[5] e che fosse intesa e valesse come un accordo tra il magistrato ed il popolo.[6] Successivamente invece le deliberazioni comiziali poterono avere i più vari oggetti e sopra tutto abolire il diritto esistente per fissare nuove norme;[7] infine nella tarda repubblica furono concepite come mera espressione della volontà popolare. Anche l'uso di far leggi per modificare il diritto privato variò. Infatti non fu più necessario ed usò

---

[1] La definizione di *lex* nella l. 1, D. 1, 3 non è definizione della *lex* nel senso romano, ma del νόμος nel senso greco già veduto del termine. — Nella l. 1, § 2, D. 38, 8 *lex* sta nel significato di *edictum praetoris*, ma nell'originale si riferiva a una vera legge, la *lex Cincia de donis et muneribus* (v. HESKY nel *Bullettino dell'istituto di d. r.*, XV, pag. 169 segg.).

[2] Quindi, ad es., la frase *quod principi placuit legis habet vigorem* in l. 1, pr. D. 1, 4. Ulp. non si tradurrà per « ha valore di legge » ma « della legge » e s'intende comiziale. È perciò che nella tarda epoca le costituzioni imperiali si dissero *leges*.

[3] *Leges datae* erano le norme che il Senato o i magistrati per autorizzazione avuta dal popolo stabilivano rispetto a popoli recentemente assoggettati o in genere nell'esecuzione di estesi incarichi loro conferiti.

[4] Le cosiddette *leges regiae* sono una certa falsificazione.

[5] Le prime *leges* sarebbero l'arrogazione, il testamento, la deliberazione di una guerra contro una città alleata sopra tutto latina, guerra che, secondo il *foedus*, non si potrebbe fare dal Re. — L'opinione espressa in forma ipotetica nel testo e gli argomenti per essa addotti sono però di valore assai incerto.

[6] Anche su questa opinione assai diffusa, che move dal MOMMSEN, vanno fatte le più ampie riserve.

[7] Si avverta che non è soltanto *lex* la deliberazione che sancisce una norma, ma ogni deliberazione comiziale che non consista in una elezione o in un giudizio penale. Si sostiene tuttavia (credo a torto) che i Romani distinguessero tra leggi formali e leggi materiali, fra quelle cioè che non contengono o contengono una norma.

raramente provocare a tal fine un *populiscitum* da quando i plebisciti furono parificati pel valore alle leggi. Ed anche dei plebisciti si fece scarsissimo uso da quando prese importanza l'editto del pretore.

Celeberrima fra le leggi romane è la legge delle XII tavole, che sarebbe stata composta da una magistratura costituente[1] (i *decemviri legibus scribundis*) fra il 303 e il 305 d. R. Questa fu considerata dagli antichi come la fonte e il fondamento di tutto il loro diritto civile privato e in parte anche del pubblico;[2] la si apprendeva a memoria nelle scuole; era popolarmente nota e la giurisprudenza preclassica e classica la commentò ripetutamente ed amorosamente.

La fede antica e universale sull'esistenza di una simile legge è ora un po' scossa. V'ha chi ritiene che si sia innanzi non ad un codice composto in una data epoca dai poteri pubblici, ma ad una raccolta di massime o di precetti giuridici dettati in vari tempi, e riuniti al più presto a mezzo il IV o persino, secondo qualche scrittore, tra il III e il II secolo a. C.[3] La discussione scientifica in proposito può dirsi che abbia condotto a far seriamente dubitare della tradizione storica per quanto si

---

[1] V'ha evidente contraddizione tra l'idea di una magistratura costituente e un'approvazione della legge da parte dei comizi. Ma nel testo ci limitiamo a riferire la tradizione.

[2] *Fons omnis publici privatique iuris* la dice Livio, 3, 34. Cic. de or. 1, 43 afferma di essa che contiene *totam civilem scientiam*. Ma in realtà vi predomina il diritto privato; al diritto pubblico appartengono le norme sul processo civile, e poche disposizioni appartenenti al diritto e la procedura penale, al diritto costituzionale e sacrale.

[3] Chi primo affermò questa idea del carattere non sincrono della legislazione decemvirale fu il PAIS, *Storia di Roma*, I, pag. 558 segg., e *Saxum Tarpeium*, pag. 17, la tesi del quale fu accettata ed esagerata dal LAMBERT, *La question de l'authenticité des XII tables*. I più si mostrano negativi o almeno molto peritanti rispetto alla tesi del PAIS. Il lettore italiano è bene informato della questione dal BONFANTE, *Storia del diritto romano*, pag. 57 segg., e PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, I, pagg. 39-58. Mi limito a citare i nomi degli altri principali scrittori che studiarono la questione e sono COSTA, GIRARD, APPLETON, G. MAY, ESMEIN, BRÉAL, il quale ultimo nel *Journal des savants*, novembre 1902, pag. 599 segg., studia particolarmente rispetto alla controversia in discorso la lingua delle XII tavole.

riferisce alla magistratura dei decemviri e a tutte le notizie relative, ma anche ad assegnare alle disposizioni cosiddette decemvirali una data antica che coinciderebbe a un di presso con quella della tradizione o almeno non ne sarebbe più recente di oltre un secolo. Sul punto però se siano una legislazione sincrona o una raccolta di massime e di precetti, non pare che si sia ancora pervenuti a risultati certi.

La scienza giuridica romana parifica alla legge la consuetudine e non ne fa, come si accennò, una fonte autonoma di diritto. Essa dice costantemente di essa che sta *pro lege*, in quanto è un *iussus populi* espresso nell'uso, anzi che mediante il suffragio.[1] L'insistenza in questa spiegazione del fondamento della validità della consuetudine dipende precisamente da ciò che la giurisprudenza romana era a conoscenza di norme nate solo nell'uso; or, poichè nessuna fonte di diritto sanciva il valore della consuetudine, essa non avea altro modo, dati i principii della costituzione romana, di spiegare la loro forza obbligatoria e il loro carattere civile che riducendole sotto l'idea della legge comiziale, facendone una *lex lata sine suffragio*. Essa fa in sostanza per la consuetudine quel che probabilmente fece per i senatusconsulti che acquistarono valore di legge dopo che i comizi elettorali erano stati trasferiti nel Senato e questi così avea assunto la rappresentanza popolare; quello che certo fece per le costituzioni imperiali, il valore legale delle quali giustifica con un trasferimento della propria potestà legislativa fatta dal popolo all'im-

[1] L. 32, § 1, D. 1, 1. Iul. *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur;* l. 33, D. eod. Ulp. *diuturna consuetudo pro iure et lege observari solet.;* l. 35, D. eod. Herm. *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata veluti tacita civium conventio .... servantur.* L'idea espressa nel testo spiega anche la frequenza della frase *legibus et moribus:* l. 9, D. 1, 1. Gai. *omnes populi qui legibus et moribus reguntur;* l. 19 pr. D. 49, 15. Paul. *moribus legibus constitutum:* l. 5, § 1, D. 50, 12. Callist. *legibus et moribus comprobatus.* I filosofi, i retori e i grammatici romani concordano in questo punto colla giurisprudenza. Naturalmente in quanto il diritto consuetudinario non è espresso in una legge comiziale si dovea e si potea anche dire che la vetustà lo approvò *sine lege;* e si potea contrapporre la legge al costume.

peratore. La spiegazione data del valore legale della consuetudine si trova ancora ripetuta nella codificazione giustinianea, dove oramai però risuona come una reminiscenza d'altri tempi o come un ripiego per spiegare ciò che non si sa altrimenti spiegare. E appunto per questo i giustinianei, coll'introduzione della partizione del diritto in scritto e non scritto, poterono dare alla consuetudine come fonte di diritto un'autonomia formale rispetto alla legge, che prima non aveva.

Venendo a dire della diversa importanza avuta dalla consuetudine a seconda dei tempi nello svolgimento del diritto, i Romani aveano memoria che alle origini del loro Stato la giustizia era amministrata dai Re ad arbitrio. Questo ci attestano Pomponio[1] e Dionigi,[2] il quale aggiunge che non altrimenti fecero i consoli e ancora che questi però seguivano i giudicati precedenti. Da queste dichiarazioni non si può tuttavia desumere alcun che a favore della teoria sociologica che la primitiva fonte del diritto presso tutti i popoli e quindi anche presso il romano non sia stata la consuetudine, ma le sentenze dei Re (θέμιστες).[3] Dobbiamo invece scorgere nelle dichiarazioni stesse dello storico una ripetizione o un riflesso di quelle dei retori che accostano alla consuetudine l'autorità della cosa giudicata, accostamento che non fa invece la giurisprudenza romana, per la quale del resto codesta autorità non è mai fonte di diritto.[4]

---

[1] L. 2, §§ 1, 2, D. 1, 2.

[2] 10, 1.

[3] La teoria è anche in linea sociologica poco fondata, in quanto a loro volta i re non poteano nelle loro sentenze non inspirarsi alla consuetudine. Queste però servivano a provare e determinare il diritto consuetudinario esistente e quindi, ricorrendo al Re, avea gran peso il poter invocare un giudicato anteriore. Non si vuol negare che i re non potessero e non usassero fissare anche nuovo diritto in forma di svolgimento e di integramento del diritto esistente; la funzione giudiziaria si confonde nelle età primitive colla legislativa. Ma esagerato ci sembra negare che il primo dato giuridico non è l'arbitraria sentenza del Re, ma un uso del popolo.

[4] Non esiste che un testo (WÄCHTER nell'*Arch. f. d. c. Pr.*, 23, p. 438, n. 6), in cui si abbia riguardo a fianco alla consuetudine alla costanza dei giudicati: l. 28, D. 1, 3. *Severus rescripsit in ambigui-*

Sono pochi gli istituti di diritto privato, cui i giuristi dicono esplicitamente derivati dalla consuetudine e per qualcuno anche di questi codesta derivazione è discussa.[1] Ma è invece grandissimo il numero degli istituti che hanno una simile origine; tali sono quasi tutti gli istituti fondamentali del diritto romano. Se i giuristi non accennano alla loro origine consuetudinaria ciò dipende dal fatto che non aveva scopo il soffermarsi su di essa e dall'essere essi contemplati oramai nelle altre fonti come vigenti. Anche in Roma nel corso del tempo la consuetudine come generatrice di diritto perdette d'importanza rispetto alle altre fonti. Le quali hanno il pregio di stabilire norme precise pel contenuto, dell'esistenza delle quali è facile la prova, di cui è certo che sono norme giuridiche, e sulle quali si esercita facilmente il lavoro dell'interpretazione in ogni sua forma. In tutti questi rispetti la consuetudine si dimostra deficiente, deficienza che non è compensata dalla spontanea derivazione della norma consuetudinaria dalla coscienza popolare e dalla sua adattabilità progressiva ai nuovi bisogni del tempo;

---

tatibus, quae ex legibus proficiscuntur consuetudinem aut rerum perpetuo similiter iudicatarum auctoritatem vim legis obtinere. Qui evidentemente l'autorità della cosa giudicata è invocata solo come mezzo per decidere le ambiguità della legge, dunque non come fonte a sè di diritto, ma come mezzo interpretativo. Sotto lo stesso punto di vista è anche considerata nel testo stesso, a differenza da com'è considerata in tanti altri, la consuetudine. — Sul rapporto teorico fra consuetudine e autorità delle cose giudicate e sul valore di questa come fonte di diritto o come mezzo di riconoscimento di diritto è aperta una questione, che sta nel campo della filosofia giuridica e non del diritto romano. Rispetto a questo la questione è decisa dal diportamento generale della giurisprudenza e dal testo citato nel senso veduto. V. tuttavia per l'importanza dell'autorità delle cose giudicate Bruns-Lenel, op. cit., p. 114. — Si può scorgere un lontano accenno al primitivo carattere religioso della consuetudine come volontà dell'antenato, la prima divinità della stirpe, nella dichiarazione di Festo, v. *mos: mos est institutum patrium, id est memoria veterum pertinens maxime ad religiones caerimoniasque deorum?*

[1] Il Pernice, *Parerga*, X, pag. 27, non sa annoverarne che tre soli: il divieto del matrimonio tra certi parenti prossimi; la sostituzione pupillare; l'invalidità della donazione tra coniugi. La derivazione dalla consuetudine di questa invalidità è assai incerta.

due lodi del resto che la consuetudine non sempre merita. Messo il fondamento dell'obbligatorietà della consuetudine nell'essere essa espressione della volontà popolare ed espressione che si rinnova continuamente nell'uso, dovea dubitarsi che una legge avesse la forza di abrogare una consuetudine esistente quando si emana la legge. Si era come innanzi a due leggi contradditorie emanate contemporaneamente. Costantino decise e Giustiniano ripetè il principio che in tal caso la legge vince la consuetudine.[1] Non v'ha dubbio invece che una nuova consuetudine può abrogare una legge antica e la storia del diritto romano ne reca molti esempi.[2] Questo principio non è però espresso nelle nostre fonti che in un testo dovuto ai compilatori.[3]

La scienza giuridica romana non ha determinato i caratteri che deve avere la consuetudine, perchè formi diritto consuetudinario, colla precisione propria all'odierna e non ha neppure poste le questioni che questa agita in proposito. Manca persino il concetto ed il termine di diritto consuetudinario, che fu introdotto dai glossatori. Essa si limita a considerare la consuetudine come un fatto, da cui scaturisce diritto e insiste sopra un'unica idea: che la consuetudine deve essere *longa, inveterata.* L'elaborazione della teoria della consuetudine fu opera della scienza del diritto comune; ma la teoria stessa appartiene alla filosofia del diritto.

---

[1] L. 2, C. 8, 52. Nella costituzione *legem* sta nel senso di costituzione imperiale; ma le costituzioni imperiali hanno *legis vigorem.*

[2] V. § 7, I. 4, 4. — L. 1, § 1, D. 11, 1. — L. 27, § 4, D. 9, 2. — L. 1 pr. C. 6, 51. — Nov. 89 c. 15.

[3] L. 32, § 1, D. 1, 3. Iul. *quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur.* — Per l'interpolazione di queste parole sta il loro carattere di aggiunta ad una sentenza finita e perfetta senza di esse, il *rectissime,* la frase *etiam illud receptum est* che non si accorda con ciò che è detto prima, dove non si parla affatto di un *receptum esse* che la consuetudine valga per legge, la frase ancora *suffragio legislatoris* anzi che *populi* e l'inutile ripetizione dell'idea che la consuetudine vale per la tacita volontà di tutti (*tacito consensu omnium*).

I plebisciti. Sono le deliberazioni prese dalla plebe nei *concilia plebis tributa*,[1] i quali col tribunato, imitazione del consolato, coll'edilità plebea, imitazione della questura, sono frutto del movimento della plebe contro i *gentiles* per costituirsi come comune a sè, mentre poi essa avanzava e via via attuava insieme la pretesa di entrare nella *civitas* a parità di condizioni con essi. Codesti concilii sono infatti un'imitazione dei comizi tributi. I plebisciti non vincolavano originariamente che la plebe. Ma restringendosi il numero delle famiglie patrizie, e strettasi l'alleanza del patriziato colla nobiltà plebea, signora lungo tempo dei concilii plebei, fu possibile sancire che i plebisciti al pari delle leggi valessero per tutto il popolo. Ciò fu fatto colla legge Hortensia, cui la tradizione pone nel 468 d. R. Da allora anche i plebisciti si chiamarono comunemente *leges.* Ed anche ad essi si attaglia una partizione che vale pure per le *leges*, di cui giova far qui cenno.

Le leggi romane constavano di quattro parti: l'*index* che contiene il titolo della legge e l'indicazione della materia su cui dispone; la *praescriptio* che contiene i dati che identificano la legge; la *rogatio* che ne contiene il dispositivo; la *sanctio* che conteneva le disposizioni destinate ad assicurare l'obbedienza alla legge.[2] In relazione a quest'ultima i giuristi distinsero le leggi in *perfectae* e sono quelle che annullano l'atto ad esse contrario (tale era ad es. la *lex Furia de sponsu*); *minus quam perfectae* e sono quelle che non annullano l'atto ad esse contrario, ma lo puniscono (es. la *lex Furia testamentaria*); *leges imperfectae* e sono quelle prive di ogni sanzione (es. la *lex Cincia*), ma che manifestavano altrimenti la loro forza; così la detta legge, la quale vietava le donazioni oltre una certa misura, avea per effetto che il magistrato non dava azione al donatario per costringere il donante ad eseguire la donazione. La distinzione in di-

---

[1] Da tenersi ben distinti dai *comitia populi tributa* ai quali partecipavano sia patrizi che plebei.

[2] La *sanctio* potea però mancare e mancava spesso nelle leggi primitive.

scorso si adatta solo alle leggi di diritto privato relative ad atti giuridici.[1]

Una diversa distinzione troviamo fatta circa l'effetto che una nuova legge può avere sopra l'antica. La ricordo a questo luogo, perchè la terminologia usata si connette alla forma, *rogatio* del popolo o della plebe, con cui si compiva la legislazione. I giuristi dicono che una legge o *abrogatur*, ossia viene tutta abolita da una nuova; o *derogatur*, ossia se ne abolisce una parte; o *subrogatur*, ossia si aggiunge alcun che ad essa; od *obrogatur*, ossia viene in qualche parte mutata.

Le leggi valeano appena approvate nei comizi. Una pubblicazione in iscritto posteriore alla loro approvazione nel comizio non era richiesta per dar loro vigore.

I senatusconsulti. Il Senato in conformità ai principii della costituzione, che abbiamo già esposti, è privo di potere legislativo, il quale compete esclusivamente ai comizi. Le sue facoltà, in parte primitive, in parte assunte posteriormente, in ordine alla legislazione, si riducono per tutta l'età monarchica e repubblicana alle seguenti. Il Senato potea impedire che una legge fosse, o negando come Senato patrizio la sua approvazione (*patrum auctoritas*) alla legge già approvata dai comizi (così in antico), o negandola al progetto di legge relativo (così in tempi più recenti). Come Senato patrizio-plebeo, egli rivedeva i progetti di legge dei magistrati e potea anche respingerli, sconsigliandone la presentazione al popolo. Nell'ultimo secolo della repubblica ottenne la facoltà d'interpretare estensivamente o restrittivamente le leggi esistenti e da ultimo quella di dispensare dalla loro osservanza.[2] Sono facoltà molto importanti, come appare, ma il cui esercizio non costituisce un'attività di valore legislativo.

Da quando però il Senato riuscì a dominare costituzionalmente la magistratura, egli potè farsi indirettamente creatore di diritto onorario, imponendo, in forma di con-

---

[1] Krüger, *Rechtsquellen*, pag. 19.

[2] Questa facoltà fu stabilita esplicitamente e regolata nel 687 d. R.

siglio, al pretore d'inserire nell'editto certe norme.[1] Di questo modo d'influire sulla formazione del diritto continuò a far uso anche nell'epoca imperiale,[2] mentre pure gli era stato finalmente riconosciuto un vero e proprio potere legislativo.

Questo riconoscimento non ebbe luogo esplicitamente mai. Fu la forza delle cose che vinse. Laddove i comizi per i motivi già esposti erano divenuti impari a legiferare, il Senato si trovava insieme fornito di competenza tecnica a ciò e di una certa legittimazione costituzionale, perchè come assemblea formata ancora sino a Tiberio di magistrati eletti dal popolo, e sempre poi fungente nella nomina alle magistrature come un comizio, era il rappresentante più genuino della maestà e della sovranità del popolo romano. Gli imperatori, tenendo il Senato sotto la loro influenza, non poteano che favorire questa innovazione. Per qualche tempo tuttavia si discusse se il Senato potea fare diritto.[3] Nell'età adrianea non si discute più, ma si sente ancora il bisogno di giustificare il potere legislativo acquistato dal Senato.[4] Presso i tardi giuristi questo è affermato senza accenno a dubbi e senza giustificazioni.[5]

L'imperatore in questo potere trovava il mezzo di farsi legislatore egli stesso. Infatti egli faceva al Senato proposte di legge in forma di un'*oratio in Senatu habita*, che leggeva in persona o facea leggere da un suo rappresentante (*quaestor*). Il Senato potea modificarle o non approvarle. Ma usava poco di quel diritto e punto del secondo. Di qui l'uso dei giuristi di citare, per indicare una legge del Senato, non il senatusconsulto ma l'*oratio*, o al più l'uno e l'altra. Da ultimo, essendo rimasto stabilito che l'imperatore potea far diritto da solo, il Senato perdette anche la facoltà di quella formale approvazione

---

[1] Se ne ha l'esempio aperto nel Sc. *de Bacchanalibus* del 568 d. R. (*ita ex deicendum censuere*).

[2] Basta ricordare i SScc. Velleiano, Trebelliano, Macedoniano.

[3] Gaio, 1, 4. [4] L. 2, § 9, D. 1, 2, Pomp.

[5] La frase *non ambigitur Senatum ius facere posse* di Ulp. in l. 9, D. 1, 3 è presa da giurisperiti a lui anteriori.

dell'*oratio*, che avea a lungo conservata. E l'*oratio* diventò un semplice editto, con cui l'imperatore comunicava al Senato, come rappresentante del popolo, la norma che valeva per la sola autorità imperiale, da cui emanava.

Le costituzioni imperiali. Neppure l'imperatore ha, secondo la costituzione augustea, facoltà di far diritto. Egli è sottomesso al diritto e non lo fa. Nell'uno e nell'altro senso le cose mutarono nel corso del tempo. Il Senato, che, come si disse, avea facoltà di dispensar dalle leggi, potè ed usò prima dispensare l'imperatore sopra sua istanza per un dato caso da una data legge. Poscia lo dispensò per ogni caso da una legge. All'età di Vespasiano una clausola della *lex de imperio* (legge o senatusconsulto?) dispensava l'imperatore da tutte le leggi da cui erano stati dispensati i suoi predecessori. Solo con Settimio Severo trionfa il principio che senz'altro l'imperatore è dispensato da tutte le leggi. A partire dal secondo secolo dell'impero egli può anche dispensare altri dalle leggi. Quanto alla facoltà di dettare norme aventi la forza di una *lex rogata*, prescindendo da quella di emanare *leges datae*, che gli appartenne sempre, la troviamo stabilita sicuramente alla metà del secolo prima accennato. Se vi furono discussioni in proposito, non ne abbiamo traccia. Giustiniano ci fa parola di un dubbio degli antichi, se abbia valore di legge l'interpretazione data dall'imperatore a una legge esistente,[1] ma non di un dubbio sul potere legislativo dell'imperatore. Il che si spiega sia col favore dei giureconsulti verso l'autorità imperiale, sia col pericolo personale, che presentava l'opporsi alla sua estensione.

Il fondamento che danno i giuristi antichi alla potestà legislativa dell'imperatore è che l'imperatore colla *lex de imperio* riceve tutta la potestà e l'*imperium* del popolo.[2] Questa invocazione della *lex de imperio* dimostra solo che una base costituzionale a codesto potere mancava. Il

---

[1] L. 12, § 2, C. 1, 14.

[2] Gaio, 1, 5. — L. 1 pr. D. 1, 4. Sostiene che quest'ultima legge sia interpolata il PACCHIONI, op. cit., pag. 43.

quale adunque si formò lentamente nel fatto per un processo che è parte di quel movimento continuo ed irresistibile verso l'assolutismo che caratterizza la storia del principato.

Sulle forme che prendevano le disposizioni dell'imperatore aventi *legis vigorem* non mi trattengo. Basterà dire che nessuna corrisponde al suo contenuto di legge. Gli editti sono mere comunicazioni al popolo; i decreti sono sentenze in cause; i *rescripta* sono risposte a interrogazioni su quesiti giuridici presentati alla decisione del principe da ufficiali dello Stato o da privati; i *mandata* sono istruzioni di carattere amministrativo a ufficiali dell'amministrazione.[1] Roma non rivestì, nè potea, data la sua costituzione, rivestire il diritto di una forma ad esso conveniente che colla *lex*. Tutte le altre norme giuridiche, non derivando da organi legislativi secondo la costituzione, hanno la forma di qualche cos'altro: di pareri del Senato, di comunicazioni del pretore, di comunicazioni, sentenze, pareri, istruzioni dell'imperatore e, come tra breve diremo, di opinioni dei giuristi.

Gli editti dei magistrati. Gli *edicta* prendono il nome dalle comunicazioni orali fatte dai magistrati in forza del loro *ius edicendi* al popolo in una *contio* convocata a questo scopo, degli atti che stavano per compiere.[2] Era uso però che l'annunzio, dato oralmente, fosse poi redatto e pubblicato per iscritto. Ampliatisi gli editti annuali, di cui si dirà più innanzi, la comunicazione orale fu sostituita dalla scritta o fu ristretta alle parti nuove, mentre pel resto si rinviava il popolo allo scritto.[3] Erano particolarmente importanti gli *edicta* coi quali i magistrati annunziavano secondo quali norme avrebbero amministrato il loro ufficio. Essi diceansi *edicta perpetua* e si opponevano a quelli che Cicerone, usando un termine non tecnico, chiama *repentina*, cioè emanati durante l'ufficio

---

[1] Che i mandati abbiano forza di legge è però più che controverso.

[2] Per editto ad es. i consoli convocavano i comizi, il Senato, chiamavano i cittadini alla leva.

[3] L'editto del pretore era pubblicato su tavole di legno imbiancate (*album*) esposte nel Foro.

per una data circostanza.[1] Editti perpetui erano pubblicati solo dai pretori urbano e peregrino, dagli edili curuli, dai censori, dai governatori e questori provinciali. La parte di un editto, che era la riproduzione degli editti precedenti, diceasi *edictum vetus* o *tralaticium*.

Tra gli editti perpetui emergevano quelli dei due pretori dianzi nominati. Giudicava il primo, da quando fu istituito il secondo, le liti fra cittadini;[2] questi le liti nelle quali anche una sola delle parti non fosse un cittadino. Dell'editto del pretore peregrino, sia pei tempi più remoti che recenti, nulla o quasi nulla sappiamo. Possiamo invece seguire lo sviluppo dell'editto del pretore urbano.

Finchè i cittadini non poterono litigare tra loro che in base ad una legge e mediante la procedura *per legis actiones*, che escludeva la presentazione di eccezioni e costringeva il pretore a limitarsi a rappresentare insieme alle parti una specie di dramma composto di atti e di formule solenni prescritti dall'uso e dalla giurisprudenza pontificale, questi non potè prendere ed annunziare nell'editto alcuna disposizione, per la quale si innovasse alcun che nel diritto privato. L'editto non potè contenere allora al più se non le formule delle *legis actiones* e delle stipulazioni che il pretore imponeva alle parti di stringere affinchè fosse assicurato l'andamento del giudizio (stipulazioni pretorie). Forse vi stavano anche le formule degli interdetti. È possibile, ma non certo, che introdottosi a lato al sistema accennato di procedura un sistema nuovo, l'*agere per sponsionem*, il quale, come sembra, permetteva di opporre alla domanda dell'attore delle eccezioni, il pretore inserisse nell'editto le formule delle eccezioni, di cui concedeva la presentazione. Fornito di questa facoltà egli riusciva a temperare un po' il rigore dell'antico diritto.

Ma un mutamento radicale quanto alla sua potestà d'innovare nel diritto vigente non si verificò se non quando la legge *Aebutia* (tra il 605 e il 628 d. R.?) e due leggi

---

[1] L. 7 pr. D. 2, 1, *quod prout res incidit propositum erit*.

[2] Nella parola « cittadini » sono compresi anche i Latini; v. MOMMSEN, *Staatsrecht*, III, 1, pag. 603.

Iuliae (di Cesare o d'Augusto?) abolirono la procedura *per legis actiones*, concedendo la prima e imponendo le seconde che si agisse invece, tolti pochi casi, *per formulas*. Questo procedimento era caratterizzato da ciò che nè le parti, nè il pretore pronunciavano più formule o compivano atti solenni prescritti; ma le prime esponevano al pretore le loro dimande e le loro difese; questi poi dettava una formula scritta, in cui nominato il giudice privato, che dovea esaminare la consistenza delle domande e delle difese e pronunciare la sentenza, gli prescriveva in quale ipotesi doveva assolvere, in quale condannare. Il giudice non doveva e non poteva esaminare se la prescrizione fattagli corrispondeva o no al diritto civile; doveva semplicemente eseguirla. L'editto ora contenne sia gli avvisi (*edicta*) del pretore che, verificandosi certe circostanze, avrebbe dato una formula, e sia gli esemplari, i moduli a così dire, delle formule stesse. Inoltre esso contenne le formule delle eccezioni, degli interdetti, delle azioni a cui non era necessario che corrispondesse e non corrispondeva anche un *edictum*, delle stipulazioni pretorie e gli avvisi di altri provvedimenti pretorii, quali le immissioni nel possesso, le restituzioni in integro.

Il pretore non essendo, secondo la costituzione, organo legislativo, non solo non può far leggi, ma è sottoposto alle leggi. Quindi della sua facoltà di prescrivere al giudice in quale ipotesi dovea assolvere e in quale condannare, e di tutte le altre facoltà implicite nel suo ufficio, non poteva giovarsi per sovvertire l'*ius civile*, ossia l'ordine giuridico quale risultava dalle leggi e dalle norme aventi *legis vigorem*. Egli potea però introdurre mezzi più idonei degli antichi per attuarlo, potea colmarne le lacune, e poteva anche correggerlo, ma soltanto allorchè trovava che non corrispondeva più alla nuova coscienza giuridica del popolo, della quale egli era, come magistrato, entro l'ambito dell'amministrazione della giustizia l'autorevole e per la costituzione l'autorizzato interprete. Bene quindi gli antichi ci dicono delle disposizioni pretorie che furono introdotte *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia*, una tripartizione, alla quale non si dà il

suo giusto valore, tentando di stabilire per ognuna di esse se aiuta o supplisce o corregge il diritto civile, ma che indica bene i vari rapporti, in cui può trovarsi rispetto a codesto diritto.

Era certamente possibile che il pretore abusasse della facoltà di correggere il diritto civile. Ma contro la validità di innovazioni apertamente contrarie alle leggi e non sostenute dalla pubblica opinione era aperto sempre il rimedio dell'intercessione dei magistrati a lui pari o superiori e dei tribuni; e inoltre sia le disposizioni riprovevoli per questo motivo, sia tutte quelle che nella pratica non si rivelassero opportune non erano ripetute nell'editto del successore e quindi cadevano, poichè ogni editto non valeva che per il tempo in cui stava in carica l'edicente. L'editto tralaticio risultava così composto delle sole disposizioni che si erano rivelate nell'uso per ottime e che aveano perciò raccolto un largo e costante consenso. Dall'epoca della legge Ebuzia sino alla fine della repubblica l'editto pretorio andò ingrandendosi di sempre nuove disposizioni. L'impero portò sul principio un rallentamento, non una cessazione dell'attività innovatrice del pretore. Ma poscia questa cessò del tutto, sia per non voler gli imperatori permettere che un magistrato repubblicano potesse modificare il diritto, sia perchè la principale fra le ragioni che avevano favorito lo sviluppo dell'editto era la difficoltà di impiegare, al fine di aver nuove leggi, i comizi, e questa difficoltà venne meno allorchè nel fatto la funzione legislativa dei comizi fu assunta già sui primordi dell'impero dal Senato, corpo adatto a legiferare prontamente e bene e inoltre al cenno e secondo la volontà dell'imperatore.

Intanto però l'editto pretorio aveva preso una grandissima estensione. Esso formava un insieme di norme tralaticie non meno vasto e importante di quello costituito dal diritto civile, norme lontane dalla rudezza, dal rigore, dal formalismo, dalla tagliente semplicità del primitivo diritto romano ed inspirate ad un ideale di giustizia conforme alle nuove condizioni di civiltà già esposte della società romana nell'ultimo secolo della repubblica. L'*ius*

honorarium (così si disse il diritto sancito nell'editto del pretore e prende il nome da ciò che vale per l'*honor*, ossia per la carica che il pretore riveste) non coincide col diritto delle genti, del quale parleremo, ma s'inspira in molta parte ai suoi principii. Tutto il diritto romano rimase così formato di due parti: l'*ius civile* e l'*ius honorarium*. Il quale ebbe il suo codice e fu quando Adriano fece riordinare l'editto dal giurista Salvio Giuliano (aggiungendovi in via d'appendice l'editto degli edili curuli), e fece approvare la nuova redazione dal Senato. Si disputa se da allora l'editto sia valso ancora in forza dell'*ius edicendi* del pretore o invece come senatusconsulto legislativo, e quindi come diritto civile. I più propendono per la prima opinione. Ritengono cioè che il Senato obbligasse i magistrati ad esporlo ogni anno inalterato nella redazione così approvata, ma che restasse così adunque sempre un diritto, che vale formalmente per la volontà del pretore edicente e pel tempo in cui è in carica.[1]

I responsi dei giuristi. Fra le fonti del diritto romano è questa la più importante. Il diritto romano dominò le persone per secoli e domina tuttora il pensiero giuridico per merito dei suoi giuristi.

Roma non presenta nei suoi primordi quanto al diritto e alla sua scienza un fenomeno diverso da quello che presentano altri popoli in condizioni primitive di vita giuridica. Ossia il diritto anche in essa si confonde colla religione e così l'amministrazione che la conoscenza di esso è privilegio, di diritto quella, di fatto questa, dei sacerdoti. E di vero le cosiddette *leges regiae* constano nella massima parte di precetti sacrali; il Re che giudica è supremo sacerdote; ci si attesta infine esplicitamente che il collegio dei pontefici determinava quale pontefice *quoquo anno praeesset privatis*,[2] che la conoscenza

[1] La migliore ricostruzione dell'editto perpetuo adrianeo è quella fatta da O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, Lipsia, 1883; di quest'opera si fece recentemente una traduzione francese riveduta dall'autore e recante varie correzioni sue all'originale col titolo di *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel*, Paris, 1901-1903.

[2] L. 2, § 6, D. 1, 2.

del diritto era presso il collegio stesso[1] ed anzi che l'*ius civile* era *reconditum in penetralibus pontificum;*[2] era dunque un loro secreto. Nel fatto questo non esisteva. Vero è soltanto che per le circostanze menzionate i soli pontefici doveano avere competenza tecnica nel diritto, competenza la quale parve un dovere del loro ufficio anche all'età di Cicerone.[3] Il privilegio sacerdotale in discorso fu la causa prima, per cui l'espressione legislativa e dottrinale del diritto romano assunse sin dagli inizii quei caratteri di precisione formale e concettuale, che doveano contraddistinguerla sempre fino all'èra postclassica.

Separandosi via via il diritto dalla religione, anche la scienza del diritto, che era interpretazione e applicazione del diritto vigente, si fece laica. Gli antichi ora, come eressero a secreto artificioso la competenza tecnica dei sacerdoti, così eressero a divulgazione di un secreto codesta laicizzazione. E dissero che ciò avvenne per opera di Gneo Flavio (che troviamo edile nel 430 d. R.), scriba di Appio Claudio, il quale avrebbe pubblicato le *legis actiones* e poi il calendario.[4] Anche su questa tradizione è da far molte riserve. A ogni modo la scienza del diritto, facendosi laica, non cessò per questo di essere una scienza aristocratica. Essa è coltivata normalmente da membri di grandi famiglie patrizie e, più spesso, plebee, i quali consideravano come un loro dovere sociale dar pareri ai propri clienti od amici. Il parere era o di redigere un atto in un dato modo (*cavere*) o di condursi in una lite in un dato modo (*agere*). Prevalse nel primo periodo della giurisprudenza repubblicana il *cavere;* vinse da Q. M. Scevola in poi il responso sul caso pratico. E da allora tutta la scienza giuridica romana si svolge intorno al responso. Questa è la vera attività dei giuristi; la composizione dei libri, delle

[1] L. 2, § 6, D. 1, 2. [2] Livio, 9, 46, 5.

[3] De leg. 2, 19, 47: *pontificem bonum neminem esse nisi qui ius civile cognosceret.*

[4] Val. Mass., 2, 5, 2, copiando ed esagerando Livio scrive: *ius civile per multa saecula inter sacra caerimoniasque deorum immortalium solis pontificibus notum Cn. Flavius vulgavit.*

più varie specie, è un'attività secondaria, a cui dà occasione la pratica dei responsi.

Il giurisperito romano è quindi una figura che non è stata più posseduta da alcun' altra società. Egli non è avvocato, perchè non perora le cause; egli non è un giudice al modo odierno perchè giudici simili Roma sino a tarda epoca non ebbe mai; egli non è un docente, quantunque talora anche insegni, perchè il suo insegnamento si riduce quasi esclusivamente a permettere ai giovani che assistano ai suoi responsi; egli non è neppure uno scienziato, perchè mira sempre alla pratica. Egli insomma non esercita in nessun aspetto la giurisprudenza come una professione. Risponde e, per rispondere, apprende e coltiva il diritto in adempimento di un dovere, che si lega alla sua altissima posizione sociale. Cicerone ricorda che *turpe est patricio et nobili ius civile ignorare.* Ma non erano i giuristi solo patrizi e nobili; erano persone che aveano rivestito le più alte cariche dello Stato, come quelle di dittatore, censore, console, pretore, pontefice, nel che sta la ragione precipua della loro ingente autorità. I loro pareri cadono nel campo del diritto privato, perchè i clienti ed amici accennati li interrogavano nei loro affari privati. Sulle questioni di diritto pubblico non aveano occasione di pronunciarsi, e sulla soluzione di queste poi prevale il criterio politico al criterio giuridico. I pareri dei giuristi doveano tanto più influire sul pretore e sul giudice, perchè chi li emanava apparteneva alla loro classe, era in relazione con loro, avea spesso rivestito lo stesso ufficio. E quando fossero costanti e uniformi formavano quella *interpretatio* di carattere sostanzialmente, ma non formalmente, legislativo, della quale parleremo più innanzi. Valore anche formale di legge acquistarono in seguito per un processo non bene definito nei particolari ma che muove da un'innovazione che appartiene alla primissima età imperiale.

Augusto infatti e Tiberio regolarono la facoltà di rispondere dei giuristi, concedendo ad alcuni di far ciò a nome dell'imperatore (*ex auctoritate principis*). Si ebbero così giuristi privilegiati forniti di *ius respondendi*

e giuristi non privilegiati. Il parere dato in una causa da un giurista privilegiato non contraddetto da altro parere di un giurista pure privilegiato avea praticamente prima, poscia giuridicamente forza di legge per quella causa.

Il fiore della giurisprudenza cade sotto l'impero e va da Labeone, vissuto alla fine della repubblica e sotto Augusto, al 250 d. C. È il periodo che si chiama della giurisprudenza classica. Come l'autorità obbligatoria del responso si estese (a partire da Adriano?) agli scritti dei giuristi privilegiati; come la giurisprudenza precipitò alla metà del terzo secolo; come nella stessa pratica dei tribunali i giudici si limitarono a non tener conto che delle opere di alcuni pochissimi giuristi, nei quali trovavano trasfuso tutto il diritto antico, qualunque fosse la sua origine, e delle nuove costituzioni imperiali; come gli imperatori intervennero a regolare con legge quest'uso, è meglio esposto nella Storia delle fonti.[1]

§ 7. — La legislazione giustinianea.

Uno dei primi atti del lungo regno (527-565 d. C.) di Giustiniano fu la codificazione che porta il suo nome. Questa risente per la forma che ebbe del genere delle fonti in uso al suo tempo nei tribunali e nella scuola. I giudici orientali non sentenziavano più che secondo due categorie di fonti: le *leges,* col qual nome si indicavano le costituzioni imperiali; i *iura,* ossia gli scritti dei giuristi. Ma essi non si giovavano nè di tutte quelle, nè di tutti questi. Si limitavano ad aver riguardo alle costituzioni contenute in quelle raccolte di *leges* che erano i Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, già il più antico dei quali (il Gregoriano, composto all'età di Diocleziano) non recava che costituzioni posteriori al 196 d. C. e alle costituzioni emanate dopo il Teodosiano; degli scritti

[1] Ai trattati sulle fonti rinvio anche per i molti quesiti relativi all'*ius respondendi.*

dei giuristi poi consideravano solo quelli, e non tutti, di alcuni pochi (Gaio, Paolo, Ulpiano, Papiniano e Modestino).

Giustiniano cominciò ora coll'ordinare la compilazione di un nuovo codice di *leges* destinato a sostituire i tre antichi menzionati e le costituzioni postteodosiane. Istituì (13 febbraio 528) a questo fine una commissione, la quale condusse prestamente a termine il lavoro. Il nuovo codice fu infatti pubblicato il 7 aprile 529 ed entrò in vigore nove giorni dopo. Esso risultò una collezione di frammenti di costituzioni imperiali emanate da vari imperatori, da Adriano a Giustiniano inclusivamente.

Compiuta la raccolta delle *leges* che voleva vigenti, Giustiniano si accinse a una raccolta dei *iura*.[1] Nel 15 dicembre 530 diede a Triboniano, questore del sacro palazzo, l'incarico di estrarre, coll'aiuto di una commissione, dagli scritti dei giuristi, che aveano goduto dell'*ius respondendi*, quei frammenti che esprimeano uno stato di diritto meritevole di essere diritto vigente e di ordinarli in un libro. Triboniano, con felice disobbedienza agli ordini imperiali, usò invece anche di scritti di giuristi che non aveano avuto l'*ius respondendi* o perchè non era stato loro concesso, o perchè esistiti prima che fosse istituito. La nuova raccolta, a cui per essere condotta sistematicamente fu dato il nome di *Digesta* o *Pandectae* (da πᾶν δέχομαι), fu pubblicata il 16 dicembre 533 e andò in vigore il giorno 30 dello stesso mese. È divisa in 50 libri; ciascuno di questi, tolti tre (30-32), è diviso in titoli e i titoli contengono uno o più frammenti in testa a ciascuno dei quali sta il nome del giurista e dell'opera sua da cui il frammento è estratto. La divisione in principio e paragrafi dei frammenti di qualche lunghezza, è dovuta agli interpreti.[2]

---

[1] A facilitare l'opera Giustiniano emise dal 1° agosto 530 al 18 ottobre 532 cinquanta costituzioni, che raccolse in un libro apposito, destinate a decidere antiche controversie di diritto (*quinquaginta decisiones*), più alcune altre dirette ad abolire istituti e distinzioni antiquate.

[2] Il modo più comune di citare i Digesti è il seguente: si prepone il numero della legge e del principio o paragrafo della legge; quindi

Quando la compilazione dei Digesti fu prossima alla fine, Giustiniano fece comporre un nuovo libro d'istituzioni corrispondente al diritto stabilito nel Codice e nei Digesti e modellato sulle istituzioni di Gaio, il quale dovea sostituire quel sunto in due libri di esse che era nell'uso scolastico. Fu pubblicato il 21 novembre 533 e andò in vigore il 31 dicembre successivo. È diviso in 4 libri; ogni libro in titoli e questi, se di qualche lunghezza, ancora per opera degli interpreti in principio e paragrafi.[1] L'opera non consta apparentemente di frammenti; essa contiene un'esposizione continuata. Ma si è potuto scoprire[2] che in realtà non è fatta con metodo diverso da quello tenuto nel comporre il Codice e i Digesti; essa risulta infatti di frammenti presi in prevalenza dalle istituzioni e dalle *res cottidianae* di Gaio e secondariamente da altri trattati antichi d'istituzioni o dai Digesti o da costituzioni; frammenti che i compilatori unirono insieme, frapponendo tra una citazione e l'altra il loro discorso.

Dell'opera giustinianea intanto una parte, il Codice, era già divenuta antiquata in forza delle costituzioni

---

si indica con D. i Digesti; da ultimo si cita il libro e quindi il titolo, a cui appartiene la legge. Ad es. l. 1 pr. D. 1, 6 significa che la legge citata si trova nel libro primo, al titolo sesto; che in questo titolo è la prima e che se ne cita il principio. — La commissione dei compilatori, per compiere più presto il lavoro affidatole, si diviso, come pare, in tre sottocommissioni che furono incaricate rispettivamente di fare gli estratti dalle opere di diritto civile (massa sabiniana), di diritto pretorio (massa edittale), di giurisprudenza pratica (massa papinianea). Ciò influì sulla composizione dei singoli titoli. In questi infatti i frammenti sono disposti per masse e le masse nell'ordine secondo cui per quel dato titolo offrono più frammenti. Vi sono traccie di una quarta massa, detta appendice, formata probabilmente delle opere che la commissione potè procurarsi solo tardi. Hanno trovato giustamente mediocre accoglienza dubbi manifestati recentemente sulla formazione e l'uso delle tre masse.

[1] Si usa citare preponendo alla sigla I. (Istituzioni) il principio o il numero del paragrafo e facendovi seguire il numero del libro e quindi quello del titolo. Ad es. § 1, I. 3, 23 significa che il brano citato sta nel libro terzo, al titolo ventitreesimo e che forma il § 1 di questo titolo.

[2] Dal Ferrini; v. in particolare il suo lavoro, *Sulle fonti delle istituzioni di Giustiniano*, nel *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, a. XIII, pag. 101 segg.

emanate da Giustiniano posteriormente alla sua pubblicazione. Egli ne ordinò quindi una nuova edizione riveduta, corretta e aggiornata, la quale col nome di *Codex repetitae praelectionis* fu pubblicata il 16 novembre 534 e andò in vigore il 29 del dicembre successivo. Noi possediamo questo solo Codice e non l'antico. È diviso in 12 libri; ciascun libro in titoli; e ogni titolo contiene una o più leggi in testa a ciascuna delle quali sta il nome dell'imperatore che la emanò e in fine normalmente la data. Sulla divisione loro in principio e paragrafi va ripetuto quanto si è detto circa i Digesti e le istituzioni.[1]

Il *Codex repetitae praelectionis*, i Digesti, le istituzioni, doveano formare, secondo Giustiniano, un' unità, un'unica legge.

Egli emanò posteriormente delle nuove costituzioni dette *Novellae constitutiones post Codicem* o, più brevemente, Novelle, che modificarono spesso il diritto sancito nella codificazione. Gli interpreti del diritto romano le aggregano concettualmente e gli editori materialmente alle altre tre parti, dando a tutte e quattro insieme il nome introdotto dai glossatori di *corpus iuris civilis*.[2]

La formazione di un Codice di leggi, che dovea esprimere il diritto da valere verso la metà del secolo sesto, per via di estratti da costituzioni emanate durante circa quattro secoli e da libri di scrittori, che erano tutti più antichi almeno di tre, e taluni di quasi sei secoli, e quindi esponeano parzialmente uno stato di diritto già estinto o che si voleva estinto o per lo meno accennarvi, non era evidentemente possibile senza recare delle mutazioni nei testi originali, sopprimendovi parole, proposizioni, aggiungendovi o intercalandovi altre parole e altre propo-

---

[1] Si cita al modo stesso dei Digesti, sostituendo alla sigla D. la sigla C.

[2] Le Novelle non furono raccolte ufficialmente da Giustiniano; non se ne ebbero che delle raccolte private, di cui giunsero a noi tre (*Iuliani Novellarum Epitome, Authenticum, Collezione degli umanisti*). È di queste tre raccolte che si giovano gli editori del *corpus iuris*. Fra le Novelle una (la 17ª) costituisce il *liber mandatorum* che Giustiniano fece comporre a ripristinamento dell'uso antico dei *mandata* a chi si recava ad amministrare una provincia.

sizioni. Giustiniano autorizzò esplicitamente i compilatori a far ciò. I quali non se lo fecero dire due volte. L'immensa maggioranza dei testi dei Digesti furono da loro alterati; alterati furono anche i testi usati a comporre le istituzioni e tra questi quegli stessi di Gaio. Più rispetto ebbero (e si capisce, trattandosi di fonti più recenti) alle costituzioni imperiali. Le alterazioni in discorso, di qualunque genere esse siano, si designano oggi col come generico di « interpolazioni. »

Alcune di queste furono scorte già da antichi interpreti del diritto romano. Ma chi primo ne rilevò un gran numero e affermò dei criteri generali utili ad indagarle fu ANTONIO FABRO (m. 1624).[1] Pur troppo sull'opera e sulle idee del FABRO scese la trascuranza dei secoli successivi. Trascuranza spiegabile. Infatti, finchè si considerò, come avvenne sino ad età a noi vicina, il *corpus iuris* solo dal punto di vista del suo valore pratico come base del diritto comune, non avea quasi alcun interesse lo stabilire qual parte dei testi riproduce genuinamente l'originale e quale no. Solo la considerazione del *corpus iuris* come monumento di storia giuridica potea condurre a riprendere l'indirizzo seguito dal Fabro. Questa conseguenza non si verificò tuttavia, come poteva attendersi, d'un subito, quando la scuola storica portò i suoi metodi e le sue tendenze anche nello studio del diritto romano, e fu indotta a considerare il *corpus iuris* nel modo indicato. Da un lato essa era occupata a sfruttare per la storia altre fonti, sopra tutto le istituzioni di Gaio recentemente scoperte. Dall'altro i criteri del Fabro erano pressochè obliterati dalla memoria e mancava quindi alla critica esegetica la speranza di giungere a risultati sicuri nella determinazione delle interpolazioni. Chi primo nel secolo scorso richiamò novamente l'attenzione degli studiosi su di esse e, in parte rimettendo a nuovo i criteri antichi, in parte affermandone dei nuovi, creò tutta una

---

[1] L'opera del FABRO è bene illustrata da DE MEDIO, *I tribonianismi avvertiti da Antonio Fabro*, nel *Bullettino dell' Istituto di diritto romano*, a. XIII, pag. 1-43, e a. XIV, pag. 276-284.

tecnica per scoprirle fu il GRADENWITZ.[1] Questa tecnica fu posteriormente perfezionata al punto che chi se ne sia reso padrone il più delle volte avverte l'interpolazione quasi alla sola lettura del testo.

Non è qui il luogo di esporre neppure gli elementi di essa.[2] Invece è da dire che i molti risultati già raccolti colla sua applicazione ci permettono di fare un esatto giudizio del merito della legislazione giustinianea. La quale non ci si rivela più come una compilazione, benchè si seguiti a dare il nome di compilatori ai suoi autori; ma un'opera originale, difettosa quanto alla forma prescelta: un mosaico di frammenti, quanto alla lingua e allo stile delle parti dettate dai giustinianei; quanto ai concetti dottrinali introdotti al posto degli antichi, e talora a lato di essi, senza curare la conciliazione del nuovo col vecchio, e senza dar loro finimento; ma per riguardo ai precetti inspirata a grande modernità, umanità e praticità di pensiero, a vera e somma sapienza, custode degli interessi contemporanei, precorritrice dei venturi.

CAPO III.

NOZIONI PRELIMINARI DOGMATICHE.

§ 8. — Terminologia, concetti e distinzioni romane circa il diritto.

Alla parola «diritto» corrisponde in latino la parola *ius* di origine e significato etimologico incerti. Questa è usata, al pari di quella, ad indicare così il diritto obbiettivo, ossia «l'insieme delle norme di condotta sta-

[1] *Interpolationen in den Pandekten,* 1887.

[2] Sono lucidamente esposti in APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des méthodes propres à les découvrir,* 1895.

bilite da un'organizzazione sociale sovrana, delle quali essa tutela l'osservanza con una sanzione »[1] come il di-

[1] La determinazione dei concetti di diritto obbiettivo e di diritto subbiettivo è oggetto proprio della filosofia del diritto, quantunque tradizionalmente se ne occupi e creda di doversene occupare anche la scienza romanistica. Noi diremo in questa nota solo quanto occorre a spiegare e giustificare la nostra definizione del primo. Tratteremo nella nota successiva del secondo.

Organizzazione sociale sovrana è quella, la volontà della quale sovrasta alla volontà di ogni altra persona od organizzazione sociale inclusa in essa. La sovranità è quindi sempre cosa di fatto e non di diritto. Talora l'organizzazione sociale sovrana è costituita da una mera unione di persone (es. una tribù nomade). Talora invece fa parte del concetto di essa anche l'idea di un determinato territorio sul quale risiede (Stato). Nel primo caso l'inclusione, a cui abbiamo accennato, è personale; ci riferiamo cioè alle persone che appartengono come membri all'organizzazione sociale sovrana e alle altre organizzazioni sociali da esse formate. Nel secondo caso è territoriale; ci riferiamo cioè a tutte le persone e le organizzazioni sociali incluse in quel dato territorio. Non occorre, perchè un'organizzazione sociale sia sovrana, che la sua volontà sovrasti in ogni senso alla volontà delle persone e delle organizzazioni incluse in essa. Basta che vi sovrasti in date materie. È quindi possibile che un'organizzazione sociale sia sovrana in certi rispetti e che un'altra organizzazione simile, la quale può comprendere un numero maggiore di persone (pongasi uno Stato federale rispetto agli Stati federati in esso) o un numero pari (pongasi una tribù organizzata politicamente sotto un Re e religiosamente sotto un sacerdote) o un numero minore (pongasi gli Stati federati rispetto a quello in cui sono federati) sia sovrana in certi altri. — Le organizzazioni sociali sovrane maggiori tendono a divenire sovrane rispetto ad un numero sempre maggiore di materie, restringendo di tanto il campo delle materie rispetto alle quali vigeva la sovranità delle organizzazioni sociali minori incluse in esse. La tendenza può essere nel corso della storia infrenata (ad es. gli Stati europei non che soggiacere ad una estensione della sovranità della Chiesa, la limitarono sempre più) come riuscire vittoriosa (ad es. in Roma la *civitas* eliminò la sovranità delle *gentes*). Quando ora un'organizzazione sociale riesca sovrana in ogni senso rispetto alla volontà delle persone ed organizzazioni incluse in essa, dipende solo da un suo autoritegno che non esprima i suoi comandi, se non in certe materie. Sorge così l'idea di una piena soggezione di codeste persone ed organizzazioni al sovrano. Onde pare che le prescrizioni di condotta che questi fa non siano che una parte della sua volontà, la quale resta integrata da una specie di prescrizione generale permissiva di tutti gli altri atti. La volontà del sovrano determinerebbe così non solo ciò che non si deve fare, e ciò che si deve fare, ma anche ciò che si può fare. Nel fatto però il diritto obbiettivo non è che limite alla facoltà naturale d'azione

ritto subbiettivo, ossia « la facoltà accordata dal diritto obbiettivo all'uno di esigere una certa condotta di altri. »[1]

---

delle persone. Esso impone la condotta e non la permette. Quindi il diritto comprende soltanto le norme, con cui il sovrano vieta di fare ciò che si potrebbe voler fare, od ordina di fare ciò che si potrebbe non voler fare. Al di là cessa il regno del diritto obbiettivo e comincia quello della libertà umana. — Poichè nessuno può prescrivere una condotta a sè stesso, ne viene che tutte le disposizioni del sovrano, con cui egli regola la propria condotta, non rientrano nel concetto di diritto obbiettivo se non a condizione di considerarle, in quanto sia possibile, come prescrizioni di una condotta che devono tenere gli organi del sovrano. — Senza sanzione non si ha diritto obbiettivo; altrimenti invece di essere innanzi a una prescrizione, si sarebbe innanzi a un mero consiglio, o desiderio. Sanzione è ogni disposizione del sovrano infliggente un danno materiale o morale al trasgressore di una norma, in quanto il sovrano tenda con essa a far che accada ciò che, prescrivendo, mostra di voler che accada. Non occorre che la sanzione sia stabilita colla norma; essa può risultare dall'insieme del diritto obbiettivo. — L'idea di diritto obbiettivo è indipendente dalla qualità o genere della norma. I sociologi potranno distinguere tra i precetti giuridici certuni, che considerano come meramente giuridici (ad es. l'obbligo dell'usufruttuario di dar cauzione); altri che sono anche morali (ad es. l'obbligo di fedeltà imposto alla donna maritata); altri che sono anche di etichetta (ad es. le norme che regolano l'ordine di precedenza degli ufficiali pubblici in certe cerimonie) ed altri infine che sono anche religiosi (ad es. le norme che prescrivono in date occasioni delle preghiere). La scienza giuridica non ha da occuparsi di queste differenze. Per essa non esistono che norme di condotta emanate dal sovrano, munite di sanzione e norme che non hanno questi due caratteri. Le prime sono e le altre non sono diritto obbiettivo.

[1] Noi diciamo che il diritto subbiettivo è « la facoltà di esigere una certa condotta altrui » e non « facoltà di tenere una data condotta » perchè il diritto obbiettivo riducendosi, come si disse, a norme con le quali il sovrano vieta di fare o impone di fare, ma non anche permette di fare, non può appunto procurare ad una persona che la facoltà di esigere che altri faccia o non faccia, ma non anche la facoltà di fare. Talora nella definizione dei singoli diritti subbiettivi questa natura del diritto subbiettivo si rende manifesta. Ciò avviene ad es. quando si dice che il venditore ha diritto che gli sia pagato il prezzo. Talora invece resta nascosta. Così ad es. quando si dice che il proprietario ha il diritto di disporre della sua cosa, si descrive apparentemente una facoltà di tenere una condotta e non di esigerla da altri. Nel fatto però anche il proprietario di una cosa non riceve dal sovrano che la facoltà di esigere che gli altri si astengano dall'intervenire senza il suo consenso nella cosa. È solo perchè questa facoltà ha per effetto che egli sia in grado di esplicare le sue facoltà organiche di azione sulla cosa, senza temere l'opposizione altrui, che

Ius significa diritto obbiettivo ad es. nelle frasi: *ius civile, ius gentium;* significa diritto subbiettivo ad es. nella proposizione: *aio mihi ius esse eundi agendi invito te.*

---

si trova più opportuno definire questo diritto subbiettivo dall'effetto che importa anzi che dalla sua vera essenza. Il riguardo all'effetto che hanno per l'uno le imposizioni di non fare rivolte agli altri importa che nell'uso, anche scientifico, si parli di diritto in senso subbiettivo e si definiscano i diritti subbiettivi come facoltà di fare in infinite altre ipotesi. Contro quest'uso non v'ha nulla da obbiettare; esso è giustificato dall'esprimersi con esso appunto che le facoltà organiche naturali d'azione d'un uomo sono tutelate dal diritto obbiettivo nella loro esplicazione con le prescrizioni di non fare rivolte agli altri uomini. Ma quando si viene alla definizione del diritto subbiettivo, allora la scienza, se vuol cogliere questo nella sua vera essenza, deve muovere, come abbiamo fatto, dal concetto di diritto obbiettivo e fermar la sua mira sul potere che questo dà all'uomo e cui questi prima non aveva. Ora questo potere si riduce alla facoltà di esigere una condotta degli altri; e i così detti diritti di fare, di agire non sono sempre quindi che il rovescio di codesto potere. Naturalmente questo concetto di diritto subbiettivo è, per usare un termine chimico, l'atomo. Nella pratica del discorso e della vita viene invece la molecola o, più spesso ancora, la cosa. Intendo dire che si presentano in essa combinazioni di molti diritti subbiettivi, indicate col nome di un diritto unico, descritto come facoltà di fare o di non fare, o che altri faccia o non faccia. La scienza erra, quando pretende definire il diritto subbiettivo e far categorie tra i diritti subbiettivi, partendo dalla considerazione di simili combinazioni e dalle definizioni che se ne danno. Ad uno di questi errori è dovuta l'affermazione dell'esistenza di diritti subbiettivi facoltativi o potestativi, una categoria non bene definita, in cui si comprendono certe facoltà di far sorgere dei diritti, o mutare o estinguere diritti esistenti, e che si vuole opporre alla facoltà di esigere una condotta altrui come un'altra forma di diritto subbiettivo, il quale quindi per comprendere i due sensi andrebbe definito diversamente da come abbiamo fatto. In realtà, se si scompongono codesti diritti facoltativi nei loro atomi, si troverà che o sono diritti subbiettivi nel senso da noi esposto, o non sono diritti. Così ad es. è diritto subbiettivo il diritto di ottenere la divisione della cosa comune, perchè consiste nella facoltà di esigere dal giudice che conosca e pronunci sulla divisione. Non è diritto subbiettivo il cosiddetto diritto di disdire un contratto, perchè in tale ipotesi si ha solo questo fatto: la legge toglie valore al contratto, se è disdetto. Il titolare dunque del cosiddetto diritto di disdire il contratto non può esigere una condotta altrui; tiene egli una condotta, all'ipotesi della quale la legge collega la cessazione dell'ordine impostogli di eseguire il contratto. Non si ha adunque un diritto subbiettivo. E se pur si parla di diritto, ciò dipende dal farsi uso regolarmente di questo termine in senso subbiettivo rispetto ad ogni azione non

Dall'*ius* va distinto il *fas* da *fari* = parlare per ispirazione religiosa. *Fas* ora è usato in senso obbiettivo come norma di carattere religioso (ad es. nelle frasi *contra fas — praeter fas*), ora in senso di liceità dinanzi alla religione, alla giustizia e al diritto; sta in questo senso nelle frasi *fas non est — fas est;* tale uso del termine ricorda il tempo in cui religione e diritto formavano un tutt'uno.

I Romani non ci hanno lasciato una definizione dell'*ius* in senso obbiettivo, nè subbiettivo. La definizione di *lex* attribuita a Papiniano[1] essendo definizione del νόμος nel significato greco del termine,[2] come non definisce la *lex*, così neppure la legge nel senso di diritto obbiettivo. Quanto alla definizione di Celso riferita da Ulpiano: *ius est ars boni et aequi,*[3] se è inesatto sostenere che per chiamarvisi il diritto un'arte e per seguire ad essa un commento,[4] in cui si parla dell'ufficio del giurisperito, essa non sia una definizione del diritto obbiettivo ma della scienza del diritto, resta però che il diritto vi è definito non nella sua essenza, bensì quanto allo scopo a cui deve tendere, che è di far prevalere nella vita sociale ciò che è giusto (*aequum*) e che perciò è bene-

---

vietata dal diritto obbiettivo, specialmente se essa altera le condizioni di fatto o di diritto esistenti. Ma in questa latissima estensione l'idea di diritto non è una quantità scientificamente apprezzabile e utilizzabile.

[1] L. 1, D. 1, 3, *lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis reipublicae sponsio.*

[2] V. p. 34, n. 1. Difatti consiste in una traduzione quasi letterale di una definizione data da Demostene di νόμος, riferita nella l. 2, D. eod., traduzione forse fatta, anzi che da Papiniano, dai compilatori. V. Pernice, *Formelle Gesetze*, p. 4, n. 7, e contro Wlassak, *Röm. Processgesetze*, II, pag. 133, n. 17. Nella stessa l. 2, è riferito anche un discorso dello storico Crisippo intorno al νόμος, ove non tanto si definisce questo, quanto si dice ciò che dovrebbe essere e fare.

[3] L. 1, pr. D. 1, 1.

[4] *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram, nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.*

fico (*bonum*).[1] Ora siccome il giurisperito antico era creatore di diritto sia nell'interpretazione che faceva delle norme vigenti, e sia per l'influenza che esercitava sugli organi legislativi che stabilivano le nuove, così è naturale che, essendo la funzione assegnata al diritto funzione anche di chi lo crea, il discorso passi dall'arte all'artefice.

In questa definizione del diritto e più nel commento che la segue si nota una certa identificazione del diritto e della morale, identificazione inevitabile, se si considera il diritto nelle idealità a cui tende e che cerca di realizzare. Perchè anche i precetti morali, essendo norme di condotta sociale, mirano a ciò a cui mira il diritto, che è di attuare quella buona convivenza tra gli uomini, senza della quale non possono farsi migliori. Codesta identificazione non fu però fatta nella pratica giuridica dai Romani; il loro diritto non si fece infatti mai servo della morale, pur avendovi riguardo.[2] E perciò Paolo, guardando a ciò che concedeva il diritto positivo e a ciò che concedeva la morale, potè scrivere la sola frase, che s'incontri nelle nostre fonti, ove sia adombrata la distinzione tra diritto e morale: *non omne quod licet honestum est.*[3] Ma Ulpiano, tornando a contemplare il diritto in astratto nelle finalità supreme dei suoi comandi, ritorna anche alla identificazione scrivendo: *iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.*[4] Il giurista non fa che riprodurre in queste parole il pensiero filosofico di Platone, Cicerone, Seneca, secondo i quali tutti i precetti giuridici si riassumono in quelle tre

---

[1] Credo di rendere così il significato originario più preciso del binomio *bonum et aequum*, i due termini del quale però non aveano per i Romani significato distinto, ma si riunivano a comporre un solo senso di « conveniente alla vita ». Altri (Böcking, *Inst.*, pag. 2, n. 1) pensa che *bonum* sia ciò che risponde in astratto alla ragione umana; *aequum* ciò che vi corrisponde nella sua concreta figura. Parole oscure, come le idee che esprimono.

[2] Basta che citi l. 15, D. 28, 7, Pap. *nam quae facta laedunt pietatem existimationem verecundiam nostram et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.*

[3] L. 144 pr. D. 50, 17.

[4] L. 10, § 1, D. 1, 1.

massime. Delle quali l'una è anche all'aspetto tutta morale (*honeste vivere*). Le altre sembrano esprimere precetti giuridici. Ma in realtà il diritto non prescrive di rispettare il diritto in forma negativa (*alterum non laedere*) nè in forma positiva (*suum cuique tribuere*). Il diritto si limita a prescrivere una condotta e a costringere a tenerla. È soltanto la morale che ordina di tenere la condotta prescritta dalla legge.

La massima partizione fatta dai Romani del loro diritto obbiettivo[1] è una partizione famigliare anche ai giuristi odierni, cioè in *ius publicum* e *privatum*, i quali Ulpiano definisce e contrappone così: *publicum ius est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem.... publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus consistit.*[2] Il testo ha questo significato: è diritto pubblico il diritto che regola l'essere e l'attività dello Stato romano (letteralmente: la condizione, *status,* dello Stato); è diritto privato quello che regola i privati interessi dei cittadini (letteralmente: che riguarda l'utilità dei singoli); fanno parte del diritto pubblico le norme riguardanti il culto dello Stato, al quale presiedono i sacerdoti[3] (i *sacra privata* non vengono in considerazione) e la magistratura. Ci sono così presentate come riflettenti la magistratura tutte le norme non religiose di diritto pubblico, perchè tutti gli ordinamenti e gli organi collettivi della vita pubblica stavano e rispettivamente agivano in Roma per l'opera o l'impulso dei magistrati.

---

[1] Dico « del loro » e non del diritto obbiettivo in astratto; Ulpiano parla di *status rei romanae.*

[2] L. 1, § 2, D. 1, 1. Della legge ho citato la sola parte genuina; ho ommesso le parti interpolate e sono: *huius studii duae sunt positiones* (traducasi: « parti »): *publicum et privatum* (v. PERNICE, *Parerga,* IX, pag. 61, n. 1) — *sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim,* parole queste che interrompono malamente il discorso, effettivamente vacue senza almeno una dilucidazione, e certo poi in contraddizione col concetto di diritto pubblico prima esposto, che non è fondato sull'utilità della norma, ma sulla sua relazione collo *status rei romanae.*

[3] Nel diritto Giustinianeo la frase *in sacris, in sacerdotibus,* si riferisce al culto cristiano.

Qualunque norma che risguarda l'essere e l'attività dello Stato è diritto pubblico per i Romani, anche se permette allo Stato di compiere gli stessi atti, che compiono privati cittadini e di entrare negli stessi rapporti, in cui questi entrano tra di loro. Pur codesti atti e rapporti dello Stato, che noi diremmo di natura privata, sono invece per i Romani pubblicistici. Lo Stato si presentava anche in essi come sovrano, ond'erano sottratti alla giurisdizione del pretore e non cadevano sotto l'impero del diritto civile o del diritto pretorio.[1] Questo che abbiamo detto vale per tutta l'età repubblicana e parzialmente anche per l'imperiale. Quando però il *fiscus Caesaris*, invece di essere considerato, come avvenne per lungo tempo, quale una cassa e un'amministrazione privata dell'imperatore, benchè adibita a fini pubblici, si confuse coll'*aerarium* (la cassa dello Stato), allora, siccome si continuò tuttavia ad applicare alla gerenza di essa le norme di diritto privato, che vi si applicavano quando ne era distinta, venne a formarsi nell'impero avanzato la distinzione fra Stato che si presenta come persona privata, in quanto compie atti di gestione patrimoniale, e Stato come persona pubblica, in quanto compie atti d'impero. Nel primo caso esso si trova sottoposto come regola al diritto privato; nel secondo al diritto pubblico.

Va detto ancora che originariamente i due diritti si distinguevano soltanto dal diverso soggetto al quale si riferivano le norme; là il popolo (*ius publicum* non significa infatti che *ius* del *populus*); qui i gruppi sociali sottostanti, che si dispongono in iscala di grandezza sotto di esso: la *gens*, la *familia*. Non c'era invece una diversità di sostanza, cioè di principii e di spirito fra le due categorie di norme. Ciò perchè più risaliamo a ritroso il corso della storia di Roma e più troviamo che la *civitas* è bensì un gruppo più lato degli altri menzionati, ma che non esercita funzioni sostanzialmente diverse da quelle

[1] Simili atti e rapporti sono ad es. le vendite, i mutui, le locazioni, che faccia lo Stato, le eredità devolutegli, ecc.

proprie di questi. Quindi neppure il diritto che regolava l'essere e l'agire della *civitas* era diverso da quello che regolava l'essere e l'agire dei gruppi minori. Soltanto nel corso del tempo, assorbendo lo Stato le funzioni politiche di questi per lo sciogliersi o indebolirsi della loro compagine, anche il diritto di quello si differenziò nei principii e nei fini dal diritto delle persone od enti ad esso subordinati.[1]

Se si possono esattamente distinguere il diritto pubblico e il diritto privato nel senso ora veduto,[2] non si possono invece distinguere con esattezza neppure approssimativa in un senso ulteriore che si attribuisce dalla scienza romanistica alla nomenclatura in discorso, ed è: sono norme di diritto pubblico le norme regolatrici dei rapporti privati, se prevale in esse il riguardo all'interesse sociale; e norme di diritto privato le stesse norme, se prevale in esse il riguardo agli interessi privati.[3] Intesa così, la distinzione manifesterebbe la sua importanza pratica principalmente nel principio che i privati non possono colle loro convenzioni derogare al diritto pubblico, laddove possono al diritto privato. Il vago e l'incerto di questa distinzione è evidente. Ammesso, e non si può non ammettere, che le norme stabilite nell'interesse pubblico giovano anche ai privati, che sono parte della collettività, pel bene della quale sono stabi-

---

[1] V. BONFANTE, *La differenziazione del diritto pubblico e privato in Roma*. — I principali momenti rispetto ai quali la famiglia si presenta un corpo simile allo Stato, rilevati dal BONFANTE, saranno presentati quando tratteremo della famiglia. Al BONFANTE rinviamo interamente per il progressivo differenziarsi del diritto pubblico dal diritto famigliare.

[2] La formulazione da noi data del diritto pubblico e del diritto privato non è, giova avvertirlo, la comune. Il più spesso si guarda ai rapporti e si dice diritto pubblico quello che regola i poteri pubblici e i loro rapporti coi privati; diritto privato quello che regola i rapporti dei privati cittadini tra loro.

[3] Sarebbero ad es. norme di diritto pubblico in questo senso quelle stabilite per assicurare al pupillo la conservazione del suo patrimonio, quelle dirette ad assicurare l'accettazione dell'eredità e la prevalenza della successione testamentaria sulla legittima; quelle che mirano a prevenire disordini. Tolgo esempi e parole dal FERRINI, *Pand.*, § 8.

lite e che, d'altro lato, lo Stato non può fissar norme nell'interesse dei privati, che non ritenga anche utili alla collettività, si è ridotti a distinguere le due categorie di norme secondo una prevalenza dell'un riguardo sull'altro, prevalenza che non sempre spicca, che talora neppure esiste e che in ogni caso è di difficile prova. Ma noi inclinamo a ritenere che i Romani non abbiano mai dato a *ius publicum* e *privatum* questo secondo senso, bensì solo il primo e che questo significato sia conservato quindi anche nel principio dianzi citato. La nostra scienza fu tratta in inganno anzitutto dalla frase citata[1] bizantina che svisa il significato unico romano della distinzione, senza che basti a servire di base al nuovo significato che vi si vuol attribuire e in secondo luogo da qualche testo alterato dai compilatori, al tempo dei quali *populus* non significa più il popolo organizzato, cioè lo Stato, ma la società.[2] Alla distinzione fra diritto pubblico e privato nel secondo senso va sostituita, per evitare equivoci e per attenerci alla buona tradizione romana, l'altra fra norme assolute e dispositive; le une che non concedono ai privati di derogare loro; le altre che lo concedono. La natura della norma (e può essere così norma di legge che di consuetudine) è determinata, ove il legislatore non faccia una dichiarazione esplicita in proposito, non tanto dalla prevalenza dei fini sociali e statuali sui fini individuali suoi, quanto dalla ripugnanza della coscienza sociale a che le parti vi deroghino, ripugnanza che può avere le più varie ragioni, e tra queste può anche non esservi quella di un riguardo al bene sociale.

La distinzione tra diritto pubblico e privato è stabilita in relazione a tutto il diritto. Altre distinzioni invece cadono nel campo del diritto privato. Fra queste merita di essere considerata la bipartizione fatta da tutti i giuristi romani del diritto in *ius civile* e *ius gentium*, chiamato anche *ius naturale*, bipartizione che solo i bi-

---

[1] V. la nota 2, pag. 62.
[2] La prova di questa opinione non può darsi che con una indagine esegetica, che qui devo omettere.

zantini trasformarono in una tripartizione: *ius civile, ius gentium, ius naturale.*[1]

---

[1] Si ammette generalmente (v. però in contrario, ma sulla mera base di un' ipotesi inverosimile, PACCHIONI, op. cit., pag. 209, n. 1), che Gaio, Marciano, Paolo, Fiorentino, Modestino conoscono solo la bipartizione e non la tripartizione. Questa si troverebbe, secondo l'opinione comune, presso Trifonino, Ermogeniano, Ulpiano. Quanto á Trifonino, risulta dalle prime parole della l. 31 pr. D. 16, 3 (*sed eam utrum aestimamus ad merum ius gentium an vero cum praeceptis civilibus et praetoriis?*) che a lui era famigliare solo la bipartizione. Se poi scrive: *si tantum naturale et gentium ius intuemur,* è palese che *naturale et* sono parole interpolate. Tali si presentano già per questo ed in sè anche le parole della l. 64, D. 12, 6 da *ut enim libertas* sino ad *intellegenda est.* Esse contengono una di quelle affermazioni sul carattere *naturalis* della libertà che, come vedremo, sono tutte dovute ai bizantini. L'affermazione è qui appiccicata insieme alle parole *quia naturale adgnovit debitum* a una sentenza finita con la frase *repetere non poterit.* Ermogeniano nella l. 5, D. 1, 1 non parla che di diritto delle genti, e vi manca affatto quell'allusione al preesistente *ius naturale* di cui si giova il SAVIGNY, *Sist.*, I, pag. 410, nota u. per farlo seguace della tripartizione. Resta Ulpiano, al quale la tripartizione è apertamente attribuita in l. 1, § 2, D. 1, 1. Ma se si considera che non par probabile che Ulpiano, giurista compilatore, si sia distaccato dal pensiero comune, per mutare la bipartizione in tripartizione; che egli scrivendo: *nec enim potest animal iniuria fecisse, quod sensu caret* (l. 1, § 3, D. 9, 1) viene a negare che ci sia un diritto insegnato dalla natura agli animali e di cui hanno *peritia,* ciò che invece ammetterebbe nella l. 1, § 3, D. 1. 1; che altrove oppone la natura solo all'*ius civile* (l. 42, D. 50, 16 — aggiungerei che parla di *naturale ius* dove gli animali non hanno nulla a che fare, se non temessi che le parole *praeter naturale ius quod superficies ad dominum soli pertinet* in l. 50, D. 9, 2 siano interpolate); se si considera ancora il carattere meramente speculativo dell'*ius naturale,* l'infelicità del concetto in sè e il fatto che la tripartizione, della quale del resto Ulpiano non fa alcun uso, è inserita nelle istituzioni giustinianee e in principio dei Digesti (l. 1, § 2, D. 1, 1), si deve venire alla conclusione esposta nel testo, ossia che la tripartizione è dovuta solo ai compilatori e che anche Ulpiano seguiva la bipartizione comune. Di questo fatto si ha una prova ulteriore e per me decisiva nella l. 6 pr. D. 1, 1 Ulp., dove si legge: *ius civile est quod neque in totum a naturali vel gentium iure recedit nec per omnia ei servit* (il resto del testo da *itaque* in poi è interpolato, come risulta dalla forma *ius proprium id est civile;* v. quanto osservo sul termine *proprius* nelle mie *Obbligazioni romane,* pag. 47, n. 1). La sentenza presenta un errore analogo a quello per cui in l. 8, § 3, D. 13, 7, i compilatori lasciarono scritto *eam* invece di mutare il pronome in *id.* Evidentemente infatti Ulpiano avea scritto: *ius civile est quod neque in totum a gentium iure recedit nec per omnia ei servit.* I com-

Il senso e l'origine della bipartizione è controverso. Secondo una vecchia opinione l'*ius gentium* è un concetto meramente teorico.[1] I Romani formarono il proprio diritto in conformità alle esigenze della loro vita di società e di Stato. Ma essi ebbero occasione[2] di notare che una parte di esso sanciva principii ed istituti comuni ad altri popoli (ed erano popoli del bacino mediterraneo), mentre un'altra parte era costituita da principii ed istituti particolari ai Romani. Diedero quindi il nome di *ius gentium* a quella prima parte che, per una esagerazione molto naturale, dissero comune a tutti i popoli; chiamarono invece *ius civile* la seconda. Per spiegare poi come si verificasse l' universale valore del diritto delle genti, dissero che ciò dipendeva dal fondarsi esso sulla *naturalis ratio,* dal suo corrispondere cioè ai postulati più comuni della coscienza giuridica dell'uomo.

L'opinione che prevale oggi e che si riscontra con varie modificazioni presso la maggioranza degli scrittori più a noi vicini nel tempo è assai diversa. Si pensa cioè che l'*ius gentium* sia costituito da precetti ed istituti giuridici estranei in origine al diritto romano, che venivano applicati dal pretore peregrino e dai pretori provinciali in forza del loro *imperium* nelle liti tra peregrini e Romani e tra peregrini. Questo nuovo diritto i Romani lo avrebbero composto,[3] per applicarlo nelle liti anzidette, ove i trattati internazionali, che davano agli stra-

---

pilatori aggiunsero le parole *a naturali vel;* ma dimenticarono poi di correggere l'*ei* in *iis.* Un' identica interpolazione fu fatta in l. 34, § 1, D. 18, 1 Paul.: *quas vero* [*natura vel*] *gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt.* Non osta a questa idea di un' interpolazione nei due luoghi il fr. Dos. 1, ove del resto il diritto naturale è identificato col diritto delle genti. Sui testi relativi alla schiavitù si parlerà alla nota 3, pag. 73.

[1] V. BARON, *Peregrinenrecht und ius gentium,* pag. 33 seg.

[2] Quale sia, sarà detto al § 10.

[3] Appositamente e consciamente a questo fine, o invece partecipando anch'essi a un moto consuetudinario abbracciante i vari stati in cui era divisa la popolazione italo-greca del mediterraneo, e che conduceva alla fissazione di un diritto comune ad uso degli stranieri? Per questa seconda ipotesi, v. BRUNS-LENEL, *Geschichte und Quellen des röm. R.,* pag. 102.

nieri diritto ad aver protezione giuridica in Roma, non stabilissero diversamente,[1] seguendo ciò che v'avea di più comune nei diritti degli stranieri, le cui liti doveano giudicare, prescindendo inoltre dai particolari atteggiamenti dei singoli istituti, a cui venivano a dar valore, presso ciascuno. Costituito così una specie di diritto di universale applicazione ai Romani e ai peregrini dei più vari popoli, essi lo avrebbero a grado a grado introdotto, per applicarlo anche nelle liti tra Romani, nel loro diritto. Il quale, mentre in origine ha certi caratteri di severità e di formalismo, avrebbe per tal modo assunto precetti ed istituti privi di codesti caratteri, perdendo così della sua impronta nazionale. Il moto del diritto romano sarebbe consistito nel divenire sempre meno *ius civile* e sempre più *ius gentium*. L'introduzione in esso dell'*ius gentium* fu, secondo questa opinione, opera principalmente del pretore urbano, che avrebbe preso molte norme dall'editto del pretore peregrino; e sussidiariamente per pochi casi[2] della interpretazione dei giuristi.

A mio avviso si accosta più al vero la prima opinione, in quanto certamente i giuristi romani non mostrano mai d'intendere l'*ius gentium* nel senso che, sia pure in età remotissima, esso fosse un diritto non applicabile affatto ai cittadini romani.[3] L'origine dalla *naturalis ratio* assegnata alle sue norme esclude inoltre che i Romani vedessero in esse una copia o un'imitazione di diritti stranieri o una conciliazione di norme diverse di questi. Certamente parecchi istituti del diritto delle genti devono aver sempre fatto parte del diritto romano (ad es. l'*occupatio bellica*) o vi devono essere entrati per uno sviluppo della vita nazionale (così ad es. le origini, che si possono

---

[1] Formerebbe così un diritto sussidiario, integratore delle disposizioni contrattuali internazionali.

[2] Sarebbero, secondo il Krüger, *Rechtsquellen*, pag. 44, le azioni da indebito arricchimento, il mutuo, l'ampliamento delle forme della stipulazione. V. però l'enumerazione che facciamo a pag. 70, n. 1, degli istituti *iuris gentium*.

[3] Mi riferisco particolarmente a Gaio 1, 1. — In Cic., *De Off.*, III, c. 5, § 23, la frase *id est iure gentium* va ritenuta interpolata e cade così il precipuo argomento contro il nostro concetto.

assegnare ai contratti di compravendita, locazione, società, stanno nell'ambito della vita romana). E quantunque alcuno abbia farneticato, presumendo di mostrare come l'*ius gentium*, la parte, si dice, di maggior pregio del diritto romano, sia stato desunto dal diritto greco, egiziano, fenicio,[1] nel fatto sono pochissimi gli istituti propri ad esso, a cui si può assegnare un'origine straniera.[2] Al diritto delle genti partecipano, è vero, coi Romani anche i peregrini[3] i quali non partecipano invece al diritto civile esclusivo dei Romani, ma di qui non si può desumere affatto che certi istituti di quello non fossero alle origini applicati anche nelle liti fra Romani. Ciò non esclude che il contatto coi vari popoli mediterranei e in particolare il dover render giustizia ai peregrini o secondo i loro diritti nazionali, o secondo norme che non si distaccassero troppo dai concetti giuridici a cui erano abituati, non abbiano influito a far accogliere nel diritto romano alcuni principii e istituti originariamente ad esso estranei e comuni invece a parecchi altri popoli, nel qual caso è da ammettere che la più parte di essi siano prima stati accolti nell'editto del pretore peregrino e poi riprodotti in quello del pretore urbano. Ma il concetto dell' *ius gentium* è presso i giuristi antichi slegato assolutamente come dall'idea di un suo valore originario esclusivo per le liti tra Romani e peregrini e tra peregrini e peregrini, così da quella di una qualsiasi origine locale delle sue norme. E dobbiamo dire che quello delle origini degli istituti del diritto romano è problema che sta a sè. Tanto può

---

[1] REVILLOUT, *Les obligations en droit égyptien;* introd., pag. XIV, e recentemente lo stesso autore, *Les rapports historiques et légaux des Quirites et des Égyptiens etc.,* passim.

[2] Su istituti antichi nazionali propri dell'*ius gentium* si sa che i Romani innestarono solo poche norme prese dal diritto commerciale greco: il *foenus nauticum* sul mutuo, la *lex Rhodia de iactu* sulla locazione, l'ipoteca, dato che venga dalla Grecia, sul pegno; il carattere *iuris gentium* del pegno non ci è però attestato nelle fonti.

[3] Non si avrebbe che un'eccezione e sarebbe costituita dal trovarsi annoverato tra il diritto delle genti l'acquisto per alluvione, mentre sembra che non sia stato esteso agli stranieri. V. BRUGI, *Le dottrine giuridiche degli agrimensori romani,* pag. 416 seg.

essere imitazione più o meno fedele di diritti stranieri un principio di diritto civile, quanto un principio di diritto delle genti, e viceversa tanto aver origini nazionali questo che quello, poichè la stessa vita interna di Roma potea condurla a stabilire norme, che risultavano uguali a quelle esistenti presso gli altri popoli mediterranei.

Gli scrittori non procedono con sufficiente cautela nel determinare quali istituti erano per i giuristi romani *iuris gentium*, accettando talora facilmente per pensiero di questi il pensiero dei bizantini.[1] Non dobbiamo però nep-

---

[1] Di codesti istituti e precetti farò l'enumerazione, lasciando da parte le dichiarazioni di storici o retori, che citano tra essi il diritto d'ambasceria e di guerra (Sall., *Iug.*, 22, 3 segg., 35, 7; Tacito, *Ann.*, 1, 42), l'esclusione dell'usucapione dei beni degli dei (Cic., *De har. resp.*, 32), la successione ereditaria dei figli (Quintil., 7, 1, 46), di cui nelle fonti giuridiche non si parla, e attenendomi solo a queste. Chi c'illumina più ampiamente e sicuramente sul contenuto dell'*ius gentium* è Gaio, purchè si ammetta che per lui il dire che un istituto è fondato sulla *naturalis ratio* equivale a dire che è *iuris gentium*. Gaio ora dichiara *iuris gentium:* il principio che il figlio segue la condizione della madre se è nato da persone, tra le quali non v'ha connubio o se è illegittimo (1, 78-86); la tutela sugli impuberi (1, 189, rispetto alla quale erra secondo il Wlassak, *Röm. Processges.*, II, pag. 150 seg., poichè Isidoro, Orig., 5, c. 9, § 1, dice che i *iura de tutelis propria sunt romanorum et in eosdem solos constituta*); la tradizione (2, 65, l. 9, § 3, D. 41, 1, cfr. fr. vat. 47a); l'occupazione (2, 66); l'occupazione bellica (2, 69); l'alluvione (2, 70); l'*inaedificatio* (2, 73); la *plantatio* (2, 74); la *satio* (2, 75); la scrittura (2, 77); la specificazione (2, 79); la stipulazione in antitesi alla *sponsio* (3, 93); l'essere obbligati dall'aver ricevuto danaro a mutuo (3, 132); il contratto letterale nel caso di *transcriptio a re in personam* (3, 133); i chirografi e le singrafe (3, 134); la società (3, 154). — Fuori della compilazione giustinianea troviamo asserito il carattere *iuris gentium* della locazione in Ulp., *Inst.*, 1, 2, e del deposito eod. 2, 2. — Venendo infine alla compilazione anzidetta, si possono ritenere genuine le dichiarazioni sul carattere *iuris gentium* della servitù e delle manomissioni in l. 4, D. 1, 1; della vendita in l. 1, § 2, D. 18, 1 (il testo è alterato, com'è alterata la l. 1, D. 19, 2, che afferma il carattere *iuris gentium* della locazione, solo nella parte ove il carattere consensuale dell'obbligazione nei due casi è dedotto dal suo carattere di *iuris gentium;* si veda in prova come Gaio, 3, 154, separa i due fatti rispetto alla società; con ciò cade quanto avverte in proposito il Krüger, *Rechtsquellen*, pag. 123, n. 26); dell'esclusione del matrimonio fra parenti in certi gradi in l. 68, D. 23, 2 e in l. 39, § 2, D. 48, 5 (sulla quale ultima legge v. Pernice, *Zum röm.*

pur credere d'altro lato, fatta questa cernita, di essere informati su tutto il contenuto del diritto delle genti. È possibile, anzi probabile, che questo comprendesse altri istituti

---

Gewohnheitsrechte, pag. 15); dell'*acceptilatio* in l. 8, § 4, D. 46, 4 (testo nel resto alterato, ma nella parte che qui interessa probabilmente genuino; v. le mie *Obbligazioni romane*, p. 140); del precario (l. 1, D. 43, 26; ma v. dubbi circa il precario in Bruns-Lenel, op. cit., p. 102) o del principio che fa *res omnium communis* il lido del mare (l. 51, D. 18, 1). Non si può invece affermare il carattere *iuris gentium* del commodato in base alla l. 7 pr. § 1, D. 2, 14; il testo è troppo corrotto; vale meglio richiamare l'analogia col deposito e col precario. Per lo stesso motivo è impossibile contare sul principio di codesta legge per affermare l'esistenza di *exceptiones iuris gentium*, delle quali non ci si parla mai altrove. In l. 25, D. 19, 5 è presentata come *iuris gentium* la permuta, ma in questo punto il testo è interpolato, com'è interpolata anche l. 15, D. 48, 22, nella parte ove si danno vari esempi di istituti *iuris gentium*, tra i quali si trova la permuta. Ritengo pure non genuina la parte finale della l. 25, D. 25, 2, come appare dal *nam* e dal mancare l'oggetto *eas* prima di *possident*, legge da cui si suol desumere che fossero *iuris gentium* le obbligazioni da indebito arricchimento. Sin qui, sia nei testi genuini, sia negli interpolati che si uniformano nello spirito a quelli, abbiamo veduto presentati per istituti del diritto delle genti veri istituti giuridici del diritto romano nella loro forma concreta. Ma la compilazione contiene alcuni testi che affermano il carattere *iuris gentium* più di istituti sociali che giuridici. Io credo che questo ampliamento del campo dell'*ius gentium* sia dovuto ai compilatori. Di tal genere è la l. 5, D. 1, 1, ove Ermogeniano metterebbe fra gli istituti del diritto delle genti: le guerre, la divisione dell'umanità in popoli, la fondazione di regni, la distinzione dei dominii, l'uso di porre confini ai campi, l'uso del fabbricare, la pratica degli scambi. Che il testo sia stato del resto rimaneggiato risulta certamente dalla frase *emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutae, exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt*. Qui infatti le vendite e le locazioni sono stranamente separate dalle *obligationes*. Nè è vero che la maggior parte delle obbligazioni sia di diritto delle genti, come direbbe il testo; è vero invece il contrario. Nè si può trarre dalla l. 2, D. 1, 1, la prova che per Pomponio fosse istituto del diritto delle genti la *religio erga deos* (*deum* è interpolato) e l'obbedienza ai genitori e alla patria; un simile senso risulta solo dal nesso nel quale lo han posto i compilatori col precedente testo di Ulpiano. Certamente Fiorentino in l. 3, D. 1, 1, non parlava di *ius gentium* in relazione al diritto di respingere *vim atque iniuriam;* tanto è vero che nel testo è detto due volte *iure* senza che nè l'una, nè l'altra si aggiunga *gentium*. Anche qui sono i compilatori, che creano un nuovo caso di *ius gentium* legando il testo di Fiorentino, per mezzo di quel di Pomponio, a quello di Ulpiano.

sul carattere dei quali si tace.[1] Quelli per i quali codesto carattere è accertato permettono però di concludere che non c'è nessun istituto successorio, nessun diritto reale e nessun reato[2] che sia *iuris gentium*. Il campo dell'*ius gentium* è così limitato. Se questo è vero, è vero però anche che il moto progressivo del diritto romano fu di uniformarsi sempre più alle caratteristiche proprie dell'*ius gentium*, smettendo il formalismo, avendo riguardo alla volontà, alla buona fede, uniformandosi alla coscienza giuridica comune ai vari popoli dell'impero. In questo senso si può dire che nel suo ultimo stadio il diritto romano è tutto *iuris gentium*.

Il senso della frase *ius civile* dovea essere per i Romani stessi ambiguo. In quanto si oppone l'*ius civile* all'*ius gentium* come le due parti di cui consta il diritto romano, *ius civile* diviene il nome del diritto applicabile esclusivamente nelle liti tra cittadini. Il diritto romano si può allora rappresentare come un cerchio diviso da una diagonale in due parti, di cui l'una porta il nome di diritto civile, l'altra di *ius gentium*.[3] Il significato etimologico della frase *ius civile* è però quello di diritto della *civitas:* ora siccome anche l'*ius gentium* fa parte del diritto della *civitas*, è anch'esso *ius civile*. Secondo questo significato il diritto romano si rappresenterà ancora come

---

[1] Ad es., il pegno, il mandato, la *negotiorum gestio*. V. PERNICE, *Zum röm. Gewohnheitsrechte*, pag. 15.

[2] Sulla l. 39, § 2, D. 48, 5, si è parlato alla nota 1, pag. 70. Non si riferisce alla nostra bipartizione, nè alla tripartizione attribuita ad Ulpiano la l. 42, D. 50, 16 Ulp.; *probra quaedam natura turpia sunt et quasi more civitatis*. Infatti nè Ulpiano ritiene capaci di delitti gli animali, nè il furto, da lui posto tra i *probra natura*, è delitto *iuris gentium*, ma del diritto civile. Perciò allo straniero derubato, che voleva agire coll'*actio furti*, si dovea fingere la *civitas*. Gaio, 4, 37. A torto si dice da molti che non c'è nessun istituto famigliare *iuris gentium;* la servitù, le manomissioni, la tutela sono infatti istituti famigliari. Vero è che non c'è un *matrimonium iuris gentium*. Il FERRINI, *Pand.*, § 6, che afferma il contrario erra; i Romani parlano solo di *matrimonium non legitimum*, l. 37, § 2, D. 50, 1. Non c'è neppure, contro ciò che dice il FERRINI, *ibid.*, una parentela *iuris gentium*.

[3] Questo è il senso che ha la frase *ius civile* in Gaio, 1, 1.

un cerchio diviso da una diagonale in due parti, ma l'intero cerchio porterà il nome di *ius civile,* e una parte di esso ne porterà due ed è quella che comprende quell'*ius civile* che è anche *ius gentium.*[1] Infine l'idea che il diritto delle genti è fondato sulla *naturalis ratio* e perciò comune a tutti i popoli condusse a questo che dal dirsi: la parte del diritto romano fondata sulla *naturalis ratio* è *iuris gentium,* si passò a concepire un diritto delle genti, che aveva esistenza obbiettiva indipendentemente dal suo riconoscimento o meno, come diritto che teneva i cittadini, da parte della *civitas,* la quale potea anche eccezionalmente negare valore ad esso. Allora, se a diritto civile si dà il senso di diritto proprio della *civitas,* il diritto civile e il diritto delle genti vanno rappresentati come due cerchi che s'intersecano. L'uno abbraccia il diritto proprio di quella, l'altro il diritto fondato sulla *naturalis ratio;* una parte di questo è anche diritto della *civitas* cioè diritto civile; ed è la parte rappresentata dalla sezione comune ai due cerchi, ma una parte non è tale; resta senza valore per un arbitrio del legislatore romano, che respinge ciò che la *naturalis ratio* gli imporrebbe di osservare e si discosta così dalla pratica degli altri popoli.[2]-[3]

---

[1] È in questo senso che Cic., *De Off.*, 3, 17, 69, scrive: *quod civile non ideo continuo gentium; quod autem gentium idem civile esse debet?* ovvero esprime egli un desiderio che il diritto delle genti anche nella parte che non era divenuta diritto romano nel senso che consideriamo in seguito nel testo, diventasse tale?

[2] V. Gaio, 1, 83, 85, dove parla di regole del diritto delle genti contrastate dal diritto positivo romano.

[3] S'insegna comunemente che i giuristi romani si contraddissero, ammettendo che la schiavitù è *iuris gentium* e quindi fondata sulla *naturalis ratio* e ammettendo insieme che per diritto naturale tutti gli uomini sono liberi. Io non credo all'esistenza di questa contraddizione. Credo invece che tutti i giuristi si siano trovati concordi nell'esprimere il primo pensiero e che nessuno abbia espresso il secondo. La contraddizione l'han creata i compilatori interpolando nella l. 4 pr., § 1, D. 1, 5, le parole *naturalis — contra naturam;* nella l. 4, D. 1, 1, tutte le parole da *quae res* in poi, come appare dal fatto che in esso si discorre della servitù dopo delle manomissioni, quando invece Ulpiano dovea avere discorso prima di quella e poscia di que-

L'*ius naturale* aggiunto, come si disse, dai compilatori alla bipartizione sin qui considerata, sia per la definizione che se ne dà,[1] sia per inserirsi in esso la condizione di libertà in antitesi alla schiavitù [2] mostra di abbracciare le condizioni giuridiche che han per base l'animalità dell'uomo, ossia ciò che è o che fa come animale e in cui si pareggia agli altri animali. Si è concordi nel trovare assurda codesta definizione, in quanto parla di diritti appresi dalla natura agli animali ed amena nella cura con cui si distinguono le varie specie di animali. Qualcuno trova tuttavia giustificabile il concetto.[3] In realtà è puerile ed inutile.

I Romani ci parlano ancora di un *ius singulare*. Il concetto di diritto singolare nella scienza romanistica

---

ste. L'appiccicatura è fatta ripetendo colla frase *quae res a iure gentium originem sumpsit* ciò che era già stato detto prima colla frase *manumissiones quoque iuris gentium sunt,* alla quale evidentemente precedeva un discorso in cui si diceva che la *servitus* è *iuris gentium*. Interpolata è anche la l. 32, D. 50, 17 Ulp.: *Quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur: non tamen et iure naturali, quia, quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.* Il giurista avea evidentemente scritto concordemente, come vedremo, con altri giuristi: *servi pro nullis habentur.* Sono i compilatori che temperano questo concetto, facendo precedere alla sentenza la frase: *quod attinet ad ius civile* e appiccicando ad essa (lo sforzo dell'appiccicatura è palese) la dichiarazione dell'uguaglianza di tutti gli uomini. Veramente un antico avrebbe detto che tutti gli uomini per diritto naturale sono *liberi* e non *aequales.* Siamo innanzi al concetto cristiano dell'uguaglianza di tutti gli uomini. Da ultimo è interpolata in l. 64, D. 12, 6, come già si è avvertito (pag. 66, n. 1), tutta la frase da *quia naturale;* basta che rilevi che essa segue a una sentenza finita, e che richiami l'attenzione su *dominatio* per *servitus*. Un curioso errore commette il Gradenwitz, *Natur u. Sklave,* pag. 21, mettendo Gaio, 1, 89 (è citato nel Gr. per errore 1, 97) fra chi professa l'idea che per diritto naturale tutti gli uomini sono liberi. Gaio scrive a codesto luogo che per diritto naturale cioè delle genti è libero il figlio di donna libera, e non che gli uomini nascono liberi.

[1] L. 1, § 3, D. 1, 1, *ius naturale est quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio.*

[2] V. la nota 3, pag. 73.

[3] Baron, *Ist.*, § 4.

muove dalla definizione, che ce ne dà Paolo,[1] secondo la quale codesto diritto avrebbe tre caratteri specifici: *a*) è costituito da norme anomale, che sono cioè in contraddizione coi principii giuridici sanciti nel sistema del diritto dello Stato (*contra tenorem rationis*); *b*) queste norme anomale devono apparire introdotte per qualche scopo utile (*propter aliquam utilitatem*); *c*) infine devono essere state introdotte per l'autorità di chi costituisce il diritto (*auctoritate constituentium*).

Sul primo dei caratteri suesposti non v'ha discussione.[2]

Intorno al secondo si osserva che anche il diritto ordinario fu introdotto per qualche scopo di utilità, onde questo non sarebbe un carattere differenziale. L'osservazione tuttavia non regge. Paolo non guarda al momento in cui è sorto il diritto ordinario; guarda solo al momento in cui la norma anomala sorge di fronte a quello. E allora la sua frase *propter aliquam utilitatem* è pienamente esatta. Perchè le ragioni di utilità che giustificano il diritto ordinario sono spesso molteplici, profonde e sopra tutto oscure. Tali diventano quanto più le origini sue sono lontane e gli scopi in tutto o in parte diversi dai primitivi. Onde il diritto ordinario finisce col valere più per forza d'inerzia o per una specie d'impossibilità logica e morale avvertita dal pensiero e dal sentimento che possa seguirsi una norma diversa, anzi che per una ragionata convinzione della necessità pratica delle sue singole disposizioni. Le norme del diritto anomalo, quando

---

[1] L. 16, D. 1, 3, *ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est.*

[2] Si avverta tuttavia che va contro alla definizione di Paolo chi (DERNBURG, *Pand.*, I, 33) pone tra le norme anomale costituenti l'*ius singulare* anche le norme, che ebbero alle origini la loro ragione di essere e si uniformarono ai principii del sistema giuridico, ma nel corso del tempo perdettero quella e non corrisposero più a questi; sarebbero le così dette anomalie storiche, a cui alluderebbe Giuliano in l. 20, D. 1, 3, *non omnium, quae a maioribus constituta sunt ratio reddi potest.* Per Paolo infatti l'*ius singulare* è costituito da anomalie di cui appare l'utilità originaria, e che furono introdotte *contra tenorem rationis,* mentre invece delle anomalie storiche non si vedrebbe l'utilità, e al momento della loro introduzione poteano essere *secundum* e non *contra rationem iuris.*

sorgono, si differenziano quindi da quelle del diritto ordinario appunto per questo, che dovendo il legislatore deviare dal sistema del diritto, egli è anche costretto a presentare nettamente a sè stesso la ragione della deviazione, ragione che resta inerente alla norma, resta determinata e resta alla superficie, così da essere rilevata anche da un comune osservatore.

Intorno al terzo carattere si trovano fatte asserzioni non solo divergenti, ma opposte. Paolo dicendo che il diritto singolare è introdotto *auctoritate constituentium* sembrerebbe voler significare che codesto diritto non può derivare da ogni fonte di diritto, ma solo da alcune; altrimenti l'inciso non avrebbe ragione di essere. Ma in tal caso quali sono i costituenti il diritto che restano esclusi? E v'ha chi ritiene che resti esclusa l'opera della giurisprudenza [1] così che il diritto singolare non potrebbe derivare che dalle altre fonti che i giustinianei qualificano per scritte e dalla consuetudine, alla quale si attribuisce nei testi l'origine del divieto delle donazioni fra coniugi,[2] divieto che si considera un *ius singulare*. È per questo, così si assevera, che nelle fonti l'*ius singulare* è anche spesso qualificato per *constitutum ius*.[3] Altri invece sostiene precisamente il contrario, ossia che tutte le altre fonti restano escluse, eccettuata la giurisprudenza sola creatrice del diritto singolare. A nostro avviso invece non v'ha dubbio che la consuetudine resta esclusa dalla frase *auctoritate constituentium*, la quale non può riferirsi senza sforzo ad essa. Nè alcuna norma di diritto singolare è, in realtà, derivata dalla consuetudine.[4] Certo

---

[1] Puchta, *Pand.*, § 21. Brinz, *Pand.*, I, § 25.

[2] L. 1, D. 24, 1. Nei testi però non è mai detto che il divieto di donazione tra coniugi sia un *ius singulare*. La sua derivazione dalla consuetudine attestata nella legge citata è da tempo posta in discussione. V. De Medio, *Per la storia delle donazioni tra coniugi in diritto romano*, nella *Riv. ital.*, XXXIII, pag. 161, e la letteratura ivi citata.

[3] V. ad es. l. 1, D. 25, 2; l. 20, § 3, D. 40, 7; l. 44, § 3; l. 40, D. 41, 3.

[4] Resta a vedere infatti se il divieto di donazioni tra coniugi, che nelle fonti è ricondotto ad essa, è tale o non ha origini legis-

è anche che precisamente all'opera dei giuristi, che si vorrebbe da taluno esclusa, è dovuta una parte notevole delle norme di diritto singolare.[1] Un'altra parte deriva dalle altre fonti legislative.[2]

Il nome di *ius singulare* si trova usato o relativamente, in quanto si nomina la categoria di persone o di cose, per la quale vale il diritto anomalo, e allora il nome si accosta di più al suo significato etimologico: che è diritto che vale per un singolo (persona o cosa), oppure si trova usato assolutamente, senza indicare cioè una persona o cosa per cui valga.[3]

Gli interpreti oppongono al diritto singolare il diritto normale, chiamando questo: *ius commune*, quasi che la

---

lative e non si può poi sapere se i Romani in ogni caso vedeano in esso un *ius singulare*, perchè non lo qualificano, come si è detto, mai per tale.

[1] Su questo punto non è neppur possibile una controversia. Ad es. il principio di diritto singolare che i padroni acquistino il possesso per mezzo del servo *ex causa peculiari* anche senza sapere dell'acquisto, ha tutto il carattere di un principio sorto nella pratica giuridica per opera dei giuristi. Dicasi lo stesso dei principii di diritto singolare sanzionati in l. 23, § 3, D. 40, 5; l. 44, § 3, D. 41, 3; l. 23, § 1, D. 41, 2.

[2] Così ad es. le norme che valgono per i testamenti dei militari, che formano il caso più noto e tipico di diritto singolare, derivano da disposizioni di Cesare e di altri imperatori. — Sarebbe opportuno che le discussioni intorno al diritto singolare rimanessero limitate ai casi, che i Romani esplicitamente qualificano come di diritto singolare. Perchè non basta che a noi certe norme appaiano anomale; conviene anche vedere se le consideravano per tali gli antichi. I testi ove la frase *ius singulare* compare sono: Gaio, 3, 114; l. 2, D. 29, 1; l. 2, § 2, D. 29, 7; l. 23, § 3, D. 40, 5; l. 23, § 1, D. 41, 2; l. 44, § 1, D. 41, 2; l. 44, § 3, D. 41, 3. Ho inserito in questa serie di testi Gaio, 3, 114, contro SCHARLACH, nell'*Archiv f. d. civ. Pr.*, vol. 62, pag. 445, n. 11; invece ne escludo, pur contro la sua opinione, l. 15, D. 12, 1.

[3] È usato nel primo senso ad es. in l. 23, § 1, D. 41, 2, IAV., *in his, qui in hostium potestatem pervenerunt, in retinendo iura rerum suarum singulare ius est.* Si deve tradurre infatti: vale un diritto singolare per quelli che, ecc. L. 2, § 2, D. 29, 7. Iul., *codicillorum ius singulare est, ut quaecumque in his scribentur perinde haberentur, ac si in testamento scripta essent.* Si tradurrà: v'ha un diritto speciale per i codicilli, cioè che, ecc. — E usato in senso assoluto nei testi, ove si legge la frase: *sed haec iure singulari recepta sunt* ed altre simili.

frase *ius commune* significasse nelle fonti il diritto consueto. In realtà invece il nome di *ius commune* serba nelle fonti il suo significato letterale di diritto comune a tutte quelle persone di cui si tratta,[1] e non ha dunque significato tecnico; nè indica perciò tutto il diritto normale in antitesi al diritto singolare. Esso non si trova usato che per necessità linguistica, ove occorra opporre a una norma che vale per alcuni, la norma che vale per tutti. Se la norma che vale per alcuni è diritto singolare, e la norma che vale per tutti è diritto normale, allora il diritto comune sarà anche diritto normale. Ma non si tratta che di una coincidenza occasionale. Perchè anche se la norma che vale per tutta una categoria di persone fosse stata un diritto singolare, i Romani non avrebbero avuta alcuna difficoltà a chiamarla *ius commune* a tutti quelli compresi in codesta categoria, appena si fosse a loro affacciato il pensiero di un possibile differente trattamento per alcuni di quei tutti.[2]

È possibile, non certo, che si riferisse al diritto singolare Paolo scrivendo: *quod contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentia;*[3] in

---

[1] Vedasi l. 20 pr., D. 29, 1 Iul.... *quoniam desinit militis loco haberi, ...ideo communi iure civium romanorum codicilli eius aestimandi sunt;* l. 15, D. 28, 6, Pap.: *etiam propria bona filio substitutus iure communi capiet, post eam autem aetatem ex privilegio militum patris dumtaxat;* l. 11 pr., D. 29, 1, Ulp.: *sed utrum iure militari an iure communi;* l'antitesi fra il diritto militare e il *commune ius* (intendasi *commune civium romanorum*) è espressa allo stesso modo in l. 34, § 1; l. 36, § 4; l. 38, § 1, D. eod. 29, 1. Si tratta dunque sempre di opposizione tra il diritto d'alcuni (i soldati) e il diritto di tutti gli altri.

[2] Se i Romani vedevano, come i moderni, nel S. C. Velleiano un *ius singulare,* l'idea espressa in forma ipotetica nel testo si muterebbe in un fatto certo. Infatti in l. 12, D. 4, 4, Gaio scrivendo: *sed perinde atque ceteri per exceptionem summoveri debet: scilicet quia communi iure in priorem ei actio restituitur* designerebbe il diritto di codesto senatusconsulto, benchè costituisca un *ius singulare,* come *ius commune* in quanto vale così per i *maiores aetatis* come per i *minores.*

[3] La sentenza è ripetuta con piccole varianti in l. 14, D. 1, 3. È dubbio che esprima lo stesso pensiero Giuliano in l. 15, D. 1, 3; per me questa legge dice piuttosto che non ci si può giovare del

questa ipotesi Paolo direbbe, secondo l'opinione comune, che le norme di diritto singolare non sono suscettibili di estensione oltre i casi primitivamente contemplati. Ora siccome è certo che norme di diritto singolare subirono nel diritto romano una simile estensione,[1] si cercò di conciliare questo fatto coll'affermazione di Paolo, ammettendo che questi escludesse solo certe forme di estensione, ma non certe altre;[2] o che la massima valesse solo per certe norme di diritto singolare, ma non per certe altre.[3] In realtà una norma di diritto singolare è soggetta alle regole comuni d'interpretazione, e tanto può estendersi quanto esige la sua particolare *ratio*. È da ritenere quindi, tanto questo principio è evidente, che la massima di Paolo, concepita del resto molto vagamente, non significasse ciò che vi si vuol far comunemente dire. Paolo dice soltanto che da norme di diritto singolare non si possono trarre conseguenze; e forse intendeva: conseguenze che alterino il diritto ordinario oltre ciò che è strettamente necessario, perchè la ragione della norma speciale sia attuata.[4]

Non ogni novità introdotta nel diritto forma diritto singolare; ma quelle sole disposizioni, che contraddicono

---

diritto ordinario nell'applicazione del diritto singolare. Neppure vedrei una ripetizione della massima in discorso di Paolo nell'altra sua sentenza contenuta in l. 162, D. 50, 17. Qui per me il giurista afferma che non si può argomentare da un principio introdotto per necessità. L'argomentazione ora da simili principii può farsi in ogni campo del diritto; non si tratta adunque di mera estensione di una norma singolare.

[1] Così la forma libera del testamento militare fu estesa a non militari che si trovino nel territorio nemico, l. 1 pr., D. 37, 13 (interpolata da *quamquam enim* sino alla fine). Preferisco citar questo esempio invece del comune preso dal S. C. Velleiano, perchè questo non è qualificato nelle fonti per *ius singulare*.

[2] Così ad es. l'estensione logica, non l'analogica, vedi Brinz, *Pand.*, I, § 25.

[3] Per le anomalie storiche, non per le altre, secondo Dernburg, *Pand.*, I, § 33.

[4] L'applicazione che farebbe Papiniano nella l. 23, § 3, D. 40, 5, della massima Pauliana, intesa nel senso comune, è immaginaria. Il *placuit* dimostra che vi fu discussione sull'estensione del principio, di cui tratta il testo, e dunque che non ostava nessuna massima simile. Si voleva o no estesa la norma secondo i meriti del caso.

ad un principio di larga applicazione, che si vuole in tutti gli altri casi mantenuto, perchè corrispondente alla coscienza giuridica comune. Il diritto singolare dev' essere una stonatura nello stile del sistema giuridico di un popolo. Molte norme di diritto singolare restano lungo tempo tali. Altre invece sono come una breccia aperta nell'edifizio giuridico, per la quale entra un nuovo principio che finirà coll'invaderlo tutto.

Neppure costituiscono un diritto singolare le disposizioni contrarie alle conseguenze a cui si perverrebbe con ragionamenti sottili intorno alle norme esistenti, perchè codesti ragionamenti o sono sofismi, che una seria interpretazione del diritto respinge,[1] o se anche siano esatti, sono vinti dalla considerazione dello scopo della norma o dell'istituto.[2]

Il termine *privilegium* originariamente significava una norma che vale per una o più determinate persone[3] e che quindi poteva anche essere a loro contraria.[4] Nelle nostre fonti non appare però che in significato favorevole ad una persona, cosa o rapporto. Quando l'*ius singulare* importa quindi un favore per certuni, assume codesto il nome di *privilegium*,[5] in antitesi al diritto comune agli altri cittadini.

Da ultimo è da considerare qui il significato di alcuni termini, che occorrono spesso nelle nostre fonti; sono: *iustitia, aequitas, legitimus.*

Significando la parola *ius* il diritto positivo, anche i termini che ne derivano, *iustum* e *iustitia*, hanno un significato corrispondente a quello della radicale loro. Quindi per *iustum* non s'intende ciò che è giusto, nel senso di corrispondente a un ideale di giustizia, ma ciò che è con-

---

[1] Es. l. 51, § 2, D. 9, 2.

[2] Es. l. 20, § 2, D. 8, 2, dove lo scopo alimentare dell' usufrutto vince la regola che, distrutta la cosa in usufrutto, cessi l'usufrutto.

[3] GELLIO, *N. A.*, 10, 20, *veteres priva dixerunt quae nos singula dicimus.*

[4] CIC., *De leg.*, III, 19, *in privos homines leges ferri noluerunt.*

[5] L. 15, D. 28, 6.

forme al diritto positivo.[1] *Iustitia* significa essa pure, non la conformità a un ideale di giusto, ma la conformità al diritto positivo.[2] A questa conformità obbiettiva risponde una virtù, il proposito cioè di agire sempre in conformità al diritto. È da questo punto di vista di una virtù che Ulpiano definisce la giustizia, scrivendo: *iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi.*[3]

Il nostro concetto di « giusto » e di « giustizia » nel senso di un giusto e di una giustizia ideale i Romani lo esprimono coi termini *aequum, aequitas*, i quali etimologicamente significano un'eguaglianza,[4] ma che assunsero il

[1] Ad es. *iustae nuptiae* sono quelle contratte *secundum praecepta legum*, pr. I, 1, 10; *iusta uxor* è la donna che è moglie secondo il diritto, l. 31, D. 23, 2; *iusti liberi* i figli legittimi, ecc. ecc. — *Iustus* si trova però nelle fonti adoperato anche in senso non tecnico-giuridico per significare ciò che noi diremmo « giustificato, » ad es. *iustus timor mortis* — *emptor iusti pretii.*

[2] Così se alcuno è condannato a torto, si dice che fu *oppressa iustitia*, l. 29, § 1, C. 7, 62; dello schiavo che fuggì e si fece gladiatore per non incorrere nel castigo per la colpa commessa si dice che fece ciò *ad fugiendam iustitiam animadversionis*, l. 5, D. 11, 4; si traduca: per sfuggire un castigo conforme al diritto.

[3] L. 10 pr., D. 1, 1. — In l. 31, § 1, D. 16, 3, le parole *et probo hanc esse iustitiam, quae suum cuique ita tribuit, ut non distrahatur ab ullius personae iustiore repetitione* sono probabilmente un glossema. — Anche il termine *iustitia* ha un significato non tecnico-giuridico, che corrisponde a quello veduto di *iustus;* ed è di « giustificazione » inerente a un atto, un fatto. Così si ammonisce il pretore che prima di accordare la restituzione in integro *iustitiam earum causarum examinet* (l. 3, D. 4, 1), ricerchi cioè se le cause addotte ne giustificano la concessione.

[4] Il Ferrini, *Pand.*, § 5, fa consistere l'uguaglianza indicata con *aequitas* nel « dare un'eguale protezione a interessi ugualmente meritevoli. » Non trovo che sia reso così bene il senso del nostro termine nella lingua del diritto. Esso è certo usato nel suo senso etimologico da Tacito (*Ann.*, 3, 27) quando chiama la legge delle XII tavole *finis aequi iuris*, conclusione cioè di uno svolgimento diretto a pareggiare innanzi al diritto patrizi e plebei; e da Cicerone (*Top.*, 2, 9) quando chiama *aequitas* l'*ius civile*, in quanto vale per tutti i cittadini di uno Stato, scrivendo: *aequitas constituta iis qui eiusdem civitatis sunt.* (Le altre dichiarazioni di Cicerone sull'*aequitas* citate in Krüger, *Rechtsquellen*, pag. 123 segg., sono molto confuse e inutili al nostro argomento; v. Pernice, *Parerga*, X, pag. 23, n. 4.) Il senso etimologico di *aequitas* come uguaglianza è implicito nell'applicazione giuridica del termine in quanto il diritto equo è un diritto pari al caso.

significato di conveniente a tutti i momenti della fattispecie che si considera, che siano suscettibili di riguardo da parte degli organi produttivi di diritto o dal giudice, per via di una norma o di una pratica giudiziaria. Il precetto di diritto positivo può soddisfare a questa esigenza; in tal caso si ha un *ius* che è anche corrispondente all'*aequitas;* ma può darsi anche che non vi soddisfi e in tal caso si ha un'antitesi fra diritto ed equità, cui i Romani esprimono ora opponendo *ius* ad *aequitas*, ora *strictum ius* ad *aequum ius*. L'*aequitas* è dunque per i giuristi romani quel che è per noi la giustizia ideale nella legislazione, ossia un principio in parte giustificativo, in parte innovativo rispetto al diritto esistente, ma che si traduce sempre in precetti di diritto.[1]

Diverso è il senso che si dà modernamente al termine *equità*. Il legislatore, se vuol sottrarre i rapporti tra le persone alle incertezze derivanti dall'arbitrio del giudice, deve porre delle prescrizioni di carattere generale, nel senso che hanno per ipotesi solo alcune circostanze determinate. Ora avviene non di rado che, mentre in un dato caso si verificano le circostanze previste dal legislatore, e quindi il giudice dovrebbe applicare la norma, se ne verificano insieme altre che il legislatore non solo non considerò, ma non poteva considerare, e di tal genere che l'applicazione della norma dà un risultato, che lede

---

[1] Si ha un diritto civile equo ad es. nel caso di *condictiones*, l. 66, D. 12, 6, Pap.: *haec condictio ex bono et aequo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit;* un diritto delle genti equo nel caso di tradizione, l. 9, § 1, D. 41, 1, Gaio: *nihil enim tam conveniens est naturali aequitati quam voluntatem domini volentis rem suam in alium transferri ratam haberi;* un diritto pretorio equo nel caso di *actio exercitoria*, Gaio, 4, 71: *cum enim ea quoque res ex voluntate patris dominive contrahi videatur, aequissimum esse visum est in solidum actionem in eum dari.* Qui il diritto pretorio elimina una iniquità del diritto civile; come la elimina ammettendo ad es. la successione dei cognati (l. 2, D. 38, 8) e degli emancipati (Coll. 16, 7, 2), due testi, in cui appunto si rileva l'equità della norma. L'*officium iudicis* fa valere l'equità ad es. nel caso di spese fatte sulla cosa comune (l. 14, § 1, D. 10, 3), o da un possessore di b. f. sulla cosa da lui posseduta (*per officium iudicis aequitatis ratione servantur*, l. 48, D. 6, 1).

il nostro sentimento di giustizia o di pietà. In simili casi si direbbe modernamente che si ha un'antitesi tra il diritto e l'equità. Per equità, come appare, intendesi dai moderni la perfetta corrispondenza della decisione giuridica a tutte le circostanze del caso, in quanto fra queste ve ne siano alcune non rilevate, perchè non rilevabili, dal diritto.[1] L'equità in questo senso, cui i Greci, per bocca di Aristotile,[2] chiamano τὸ ἐπιεικές, i classici non la chiamavano *aequitas*, ma *benignitas, humanitas*.

Il termine *legitimus* non ha il senso dell' italiano *legittimo*, ossia di *conforme al diritto*. I giuristi romani[3] chiamavano *legitimum* ciò che era fondato sopra una *legge* nel senso di *lex* o di una fonte che già ab antico stava *pro lege* come i plebisciti e la consuetudine.[4] Non era *legitimum* ciò che era conforme al diritto pretorio, a un senatusconsulto o ad una costituzione imperiale.

Nella tarda età del diritto romano questi termini, che abbiamo considerati, mutano di senso. Le costituzioni imperiali assumono il nome di *leges* e quindi *legitimum* significa anche ciò che è conforme a una costituzione imperiale. *Iustus* assume il senso odierno di *giusto*, ossia l'antico romano di *aequus*. A sua volta l'*aequitas* tende a confondersi coll'antica *benignitas, humanitas*.[5]

---

[1] A torto quindi il PERNICE, *Parerga*, X, p. 23, vede l'opera dell'*aequitas* in questo senso nell'ammissione di eccezioni e repliche citando Gaio, 4, 116, 126. Qui si tratta di circostanze contemplabili dal diritto.

[2] *Eth. Nicom.*, V, 14.

[3] Non Cicerone secondo il PERNICE, *Labeo*, III, pag. 226, n. 4.

[4] Quindi ad es. *modus l. usurarum*, *l. quantitas*, *l. pars*, *l. tutela*, *l. aetas*, ecc., significano una misura d'interessi, una quantità, ecc., fissata da una legge. Le *poenales actiones* si distingueranno, derivando alcune da leggi, altre dall'editto pretorio, in *legitimae* e *honorariae*.

[5] L. 25, D. 1, 3. Mod. *nulla iuris ratio aut aequitatis benignitas patitur*. Qui l'equità è non solo distinta ma opposta alla ragion giuridica, come l'equità odierna. Si avverta però che un termine come quello di *aequitas* ha un significato con contorni non tanto precisi che si possa sempre dire, dove lo incontriamo, che sia usato nel senso antico o nuovo. Vedansi i testi dove è interpolato: ad es. l. 32 pr., D. 15, 1; l. 2, § 5, D. 39, 3; l. 14 pr., D. 44, 3; l. 12, D. 46, 6.

§ 9. — Interpretazione del diritto.

Quantunque la teoria dell'interpretazione del diritto sia stata composta principalmente dai romanisti, appartiene tuttavia alla filosofia giuridica. Noi ci limiteremo perciò a dire intorno ad essa quanto ha una particolare attinenza col diritto romano.

Sotto il nome d'interpretazione va nelle nostre fonti qualche cosa di diverso da ciò che si designa attualmente con esso. Infatti per interpretare s'intende oggi nella scienza giuridica: determinare la volontà della legge. Il fine di questo lavoro si è l'applicazione della legge stessa ai casi pratici. La necessità sua dipende dal principio, ammesso dalla coscienza giuridica attuale, anche se non fosse, com'è spesso, sancito nelle legislazioni dei singoli Stati, che il diritto è tutto nella volontà dello Stato manifestata mediante i suoi organi legislativi, salvo l'integrazione o la diminuzione che può subire per opera della consuetudine, la quale del resto è insuscettibile d'interpretazione.[1]

L'*interpretatio* per i Romani indica invece tutto il lavoro proprio della giurisprudenza romana. E questo consiste nel fare che la legge, nel senso qui di norma formulata in dati termini, serva a tutte le contingenze della vita. Di un simile lavoro il determinare la volontà della legge, anche comprendendo in questa frase l'interpretazione così detta analogica, è soltanto una parte e pur per questa

---

[1] V'ha chi afferma il contrario. Si giustifica l'affermazione dicendo che l'interpretazione ha rispetto alla consuetudine per oggetto di determinare quale è il vero pensiero di quelli che compiono atti consuetudinari, quando sia diverso da quello che si presentò per primo a loro (Windscheid, *Pand.*, 1, 522). Noi pensiamo che siccome la norma di diritto consuetudinario va desunta dall'uso e non dal pensiero intimo degli utenti, così non sia luogo a codesta determinazione e che tutto ciò che possono fare i giuristi rispetto alla consuetudine si riduca a constatare esattamente l'esistenza e i confini dell'uso; ora questo lavoro è in tutto pari a quello consistente nel ricercare e stabilire se c'è una norma di legge e quali ne sono i termini, il quale non entra nel concetto d'interpretazione.

parte l'interprete antico segue un modo che talora riesce diverso da quello tenuto dall'interprete odierno. Perchè questi si ritiene obbligato a cercar sempre seriamente di stabilire la volontà della legge. Il giurisperito antico si riteneva invece autorizzato ad attribuire ai termini di essa anche un senso, che senza dubbio non aveano, purchè fosse linguisticamente possibile.[1] L'altra parte maggiore è costituita da tutta la mole dei principii e degli istituti che il giurisperito afferma e rispettivamente crea, o, come si è or ora accennato, facendo violenza al significato genuino della legge, o supplendo alle sue vaste lacune, sia alle originarie, sia a quelle che il giurista stesso riteneva create dalla desuetudine, in cui, a suo avviso, la legge stessa era totalmente o parzialmente caduta.[2]

Rispetto a un'interpretazione così intesa, la legge funge soltanto come limite e come strumento eventuale di essa. Il giurista non può innovare contro i suoi precisi termini, sinchè è ritenuta in vigore. Il giurista anche, finchè può innovare coll'impiego delle sue disposizioni, si giova di queste. Ma qui finisce la sua subordinazione ad essa. Gli resta quindi aperto un vastissimo campo, entro il quale la sua attività si dispiega liberamente, ed è tutto il campo dei casi per i quali la legge non dispone. Egli detta per questi la norma a loro più conveniente, senza neppur darsi la pena di giustificarla con la finzione di un ricorso all'analogia o ai principii generali di diritto. Egli è quindi un vero creatore di diritto. È tale di fronte ad ogni precetto di legge al modo stesso in cui era creatore di diritto il pretore urbano di fronte al diritto civile.

---

[1] Basta che ricordi come, interpretando letteralissimamente due leggi che parlavano di *filius*, di *adgnatus* come se il legislatore non intendesse riferirsi a maschi e femmine, ma ai soli maschi, la giurisprudenza stabilì che il solo *filius*, dovesse esser venduto tre volte prima di essere libero dalla patria potestà e per la *filia* bastasse una; e che il solo *adgnatus* fosse ammesso alla successione intestata e non anche l'*adgnata*.

[2] Ci offre gli esempi più forti di questo lavoro la giurisprudenza più antica; basta che ricordi i molti casi di *in iure cessio*, l'emancipazione, l'adozione, ecc. La giurisprudenza nuova fu meno audace. E si capisce: le grandi innovazioni ora le faceva il pretore.

Anche l'*interpretatio* è infatti opera consistente nell'aiutare, supplire, correggere il diritto esistente.

L'*interpretatio* antica si distingue dall'odierna, oltre che per questo, per altri due caratteri congiunti. Questa ci richiama ad un'attività in sè, a un lavoro cioè nel suo corso, e ad un'attività di singoli. L'*interpretatio* antica ci richiama ancora ad un'attività, ma solo in riguardo al risultato ottenuto con essa, e questa attività è attività di classe. L'*interpretatio* precisamente accenna alla formazione avvenuta di diritto nuovo, per opera non di singoli giuristi, ma della collettività loro, in quanto si trovarono tutti concordi nell'ammettere un principio, un istituto non implicito nelle chiare disposizioni della legge.

Ciò che abbiamo detto sull'interpretazione nel senso romano del termine risulta da più fatti e insieme li illumina. Gli antichi ci dicono che, fatta la legge delle XII tavole, cominciò intorno ad essa la *disputatio fori* per opera dei giuristi, e che ne scaturì l'*ius civile*, il quale *in sola interpretatione prudentium consistit*.[1] Ecco l'*interpretatio* presentata come fonte e insieme come corpo di diritto creato da una classe e tenuto distinto dalla legge. Quella consuetudine, di cui si dice che sta *pro lege*, è anche chiamata *optima legum interpres*.[2] Interpretare è dunque come un legiferare coll'efficacia della consuetudine; e non per nulla uno stesso titolo delle nostre fonti [3] tratta insieme dell'interpretazione e della consuetudine. L'*ius respondendi* istituito da Augusto non ha nè senso, nè scopo, pur tenendo conto dell'efficacia veduta (§ 6) attribuita ai responsi dei giuristi privilegiati, come autorizzazione data dal principe a persone singole d'interpretare nel senso odierno il diritto. L'*ius respondendi* acquista e senso e scopo invece come attribuzione a singoli di quella facoltà di far *ius* che competeva alla collettività dei giuristi. Per esso l'interpretazione individuale acquistava per quel dato caso il valore che avea o che

---

[1] L. 2, §§ 8, 12, D. 1, 2. Paul. 4, 8, 22.
[2] L. 37, D. 1, 3. [3] D. 1, 3.

avrebbe avuto la collettiva. Stabilita la monarchia, l'imperatore si affrettò a dichiararsi unico interprete delle leggi.[1] Ora è palese che l'imperatore non potea pensare ad attribuire a sè solo la facoltà d'interpretare la legge nel senso odierno; egli invece avea ragione d'impedire l'*interpretatio* nel senso antico del termine; egli aboliva la creazione di diritto da parte della giurisprudenza; volea essere non solo unico *conditor* di leggi, ma unico *conditor* di *ius*. Non volea in questo la concorrenza del giurisperito, come non volle più, sin da Adriano, la concorrenza del pretore. Anche quell'avvicinamento alla consuetudine dell'autorità delle cose giudicate continuamente in modo uguale, presenta come quasi una legislazione l'opera della collettività dei giuristi. E infine l'attribuzione accennata fatta da Costantino al solo imperatore della facoltà d'interpretare il diritto, si connette alla disposizione pure di Costantino, che sottopone nel senso già espresso (§ 6) la consuetudine alla legge. Le due disposizioni sono forma di uno stesso pensiero: l'*ius* non può e non deve più essere stabilito che dall'imperatore.

Ammesso il nostro concetto, l'interpretazione si dovrebbe trovare annoverata tra le fonti di diritto. Se tuttavia nell'enumerazione veduta di queste essa manca, ciò dipende dal fatto che l'enumerazione stessa è fatta dal punto di vista del diritto pubblico. Ora l'*interpretatio* non prende la sua forza da nessun istituto pubblicistico; essa non si fonda nè sopra un potere legislativo secondo la costituzione, antica o nuova, com'è delle leggi, dei plebisciti, dei senatusconsulti, delle costituzioni imperiali; nè sopra una facoltà legale di un magistrato, come avviene del diritto pretorio, che è basato sull'*ius edicendi* del pretore, nè sopra una delegazione di un potere del principe, come l'*ius respondendi* augusteo. Essa

---

[1] L. 1, C. 1, 14 a, 316. *Inter aequitatem iusque interpositam interpretationem nobis solis et oportet et licet inspicere;* l. 12, § 3, D. 1, 14. Iust., *si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet,* § 5, *tam conditor quam interpres legum solus imperator iuste existimabitur.*

sta fuori del quadro del diritto pubblico, come ne sta fuori materialmente la consuetudine, che pure non è ricordata nell'enumerazione veduta. Ma alla consuetudine i giuristi poterono trovare un fondamento costituzionale del suo valore, per cui fu conglobata colla legge rogata; un simile fondamento non si trovò nè si poteva trovare invece all'*interpretatio* e perciò essa rimase insieme all'*auctoritas rerum perpetuo similiter iudicatarum*, che è poi una parte dell'*interpretatio* stessa, fuori, sia materialmente, sia concettualmente, dall'enumerazione in discorso.

L'*interpretatio* dei giuristi traeva la sua forza costitutrice di nuovo diritto non da un potere legale loro, ma dal loro potere sociale. Convien dire che la formazione del diritto privato rimase sempre nelle loro mani. La giurisprudenza romana è già presente e operante nelle leggi romane per l'influenza che essa esercita sul Senato, preparatore delle leggi prima e legislatore poi, al quale molti giuristi appartengono e che è deferente alla loro classe; sui magistrati proponenti, giuristi spesso essi medesimi; sull'imperatore che tiene nel suo *consilium*, poi nel suo *consistorium* i migliori giuristi; sul pretore che anch'egli è giurista e in ogni caso è assistito sempre da giuristi. Il giurista, che fa la *lex*, l'editto, i senatusconsulti, le costituzioni, non è altro che un continuatore di quest'opera quando interpreta, e la sua interpretazione fa diritto per la stessa forza sociale, per la quale egli avea tanta parte nella formazione di codeste fonti.

Non è quindi a meravigliare se, data la stretta affinità che corre tra legislazione e interpretazione, la forma tipica dell'interpretazione, il responso, s'innalza a forma legislativa per un dato caso e giudizio nell'ipotesi contemplata dell'*ius respondendi*, e per tutti i casi e i giudizi, almeno in certi momenti storici, se il responso viene dal principe (*rescripta*).

La scarsità delle *leges* e il non discendere esse a minuzie resero necessaria l'*interpretatio* specialmente nei tempi più antichi. Una gran parte della funzione prima esercitata dall'*interpretatio* passò al pretore, da quando questi potè fare *ius honorarium*. Ma l'*interpretatio* non

cessò; essa si adoperò, come prima sulle *leges*, ora sull'editto, che era in sostanza, e l'abbiamo accennato, un'*interpretatio* esso stesso, fatta nel modo concesso dall'*ius edicendi*.

Le poche regole date dai giuristi occasionalmente circa la determinazione della volontà della legge, che troviamo nelle nostre fonti, mirano tutte, come è naturale, dato il costume e il carattere descritto dell'*interpretatio*, ad ampliare le facoltà del giurista rispetto ai termini della legge.[1] Nel sistema del diritto giustinianeo esse non hanno importanza di legge; sono dogmi, principii di ermeneutica, a cui la dottrina deve attenersi, anche se non siano scritti in una legislazione. Sarebbe ingiustificato concludere in base ad essi che i Romani si elevarono ad una dottrina dell'interpretazione nel senso odierno del termine. La giurisprudenza romana manifesta anche rispetto a codesta dottrina il suo difetto e il suo pregio: ossia deficienza scientifica; geniale intuito pratico. Vero è che codeste regole (alle quali si pareggiarono dai romanisti certe sentenze sull'*interpretatio*, temperandone l'originario forte significato), integrate coi frequenti esempi pratici di determinazione della volontà della legge contenuti nelle nostre fonti, divennero la base su cui si è eretto l'edificio della teoria odierna dell'interpretazione.

Avvertenze particolari deve il romanista fare circa l'interpretazione della legislazione giustinianea. Giustiniano vietò i commenti ai Digesti; non pare che abbia fatto altrettanto rispetto alle altre parti di essa. Il divieto dovea necessariamente rimanere lettera morta. Giustiniano affermò anche che nell'opera sua non v'avea contraddizioni se non apparenti, cui, ricercando profondamente, sarebbe stato facile mostrare inesistenti nel fatto. Che egli non dicesse il vero lo dimostrano le frequenti antinomie riscontratevi, antinomie così stridenti da rima-

[1] L. 17, D. 1, 3: *scire leges non hoc est verba eorum tenere, sed vim ac potestatem*; l. 24, D. eod., *incivile est nisi tota lege perspecta una aliqua particula eius proposita iudicare vel respondere;* cfr. anche le ll. 10-13, che mettono in rilievo le insufficienze della legge e invitano a colmarne le lacune, specialmente con riguardo alla *ratio legis*.

nere insolubili. Giustiniano prescrisse infine, come già si avvertì, che le tre parti della sua codificazione si considerassero come un'unità e che ogni decisione contenuta in esse, benchè attribuita a giuristi o ad altri imperatori, si dovesse considerare come uscita dalla sua bocca. In questo non c'era che da obbedirgli.[1] E gli interpreti della sua legislazione, come norma vigente, gli obbedirono. Il modo con cui essa è composta, la vastità sua, i suoi innumerevoli difetti come codice non impedirono che se ne traesse un sistema dottrinale del diritto giustinianeo. Ma perchè questo avvenisse, occorreva che la si dovesse applicare. Sono infatti le inspirazioni, le suggestioni e i bisogni della pratica che determinano l'interpretazione delle singole disposizioni di dubbio significato di un codice, che fanno prevalere un' opinione dottrinale sopra un'altra, che obbligano ad eliminare le accidentalità, le lacune della legge, spianando quelle e colmando queste. Codeste inspirazioni, suggestioni e bisogni, oggi che il diritto giustinianeo non è più vigente, sono scomparsi. Quindi è venuta meno la forza motrice dell'interpretazione di esso al modo usato durante il suo valore. Le fonti giustinianee non possono più starci innanzi che come un monumento storico di scienza e di legislazione; monumento storico è anche il sistema dottrinale accennato. Noi possiamo quindi interpretare ancora dogmaticamente codeste fonti, ma con una libertà e serenità di giudizio presso che ignota agli antichi interpreti loro. Noi non solo possiamo, ma dobbiamo lasciarne intatte le lacune e le accidentalità, rilevare e non pretendere di eliminare le contraddizioni di norme e di dogmi che contengono, ed occuparci invece di dar quello che normalmente prima non si dava, ossia la ragione di simili imperfezioni. Rispetto al concetto e alle esigenze dell'interpretazione nel senso usuale del termine, un tale lavoro meriterà più il nome di spiegazione che d'interpretazione, ma sarebbe vano far opera diversa.

---

[1] Si discute tuttavia se il *codex repetitae praelectionis* non deva considerarsi *lex posterior* rispetto alle Istituzioni e ai Digesti. *Lex posterior* sono indubbiamente le Novelle.

A codesto fine, e non solo a quello di determinare lo stato di diritto e di scienza pregiustinianei, è necessario sempre ricercare le interpolazioni dei testi, tenendo a mente che quanto è facile, e lo si notò, avvertire che un testo è interpolato, altrettanto conviene andar cauti nell'asserire che parti di esso sono dettate dai compilatori. V'ha testi interpolati, per quanto in numero esiguo, che non contengono che diritto pregiustinianeo, mentre l'interpolazione è fatta in modo da lasciar facilmente credere che contengano invece innovazioni giustinianee. La possibilità di un errore simile che, ripetiamo, non può verificarsi se non di rado, essendo senza dubbio il più spesso le alterazioni dei testi fatte dai compilatori a scopo di innovare, non può tuttavia farci dubitare della bontà e della sicurezza dei nuovi procedimenti esegetici.

§ 10. — **Personalità e territorialità del diritto.**

Il popolo romano applica nel campo del diritto privato, che qui solo c'interessa, il principio comune ai popoli greco-italici della personalità e non della territorialità del diritto. Ciò significa che le norme giuridiche stabilite dagli organi legislativi di Roma, ossia le leggi e le disposizioni aventi valore di legge, non valgono sia per i Romani che per gli stranieri residenti sul territorio romano, ma soltanto per i Romani, si trovino questi dentro o fuori il territorio stesso e per tutti i Romani, a meno che la legge non eccettui certe categorie di cittadini. Lo straniero vive secondo il diritto del suo Stato. In quanto però godesse di protezione giuridica da parte di Roma, si trovava sottoposto al diritto stabilito dal magistrato (pretore peregrino, o preside della provincia) nel suo editto per il caso di litigi fra stranieri o fra stranieri e Romani. Questo diritto del magistrato, fondato sul suo *imperium*, valeva in tutto il territorio della sua giurisdizione. Il magistrato lo fissava ad arbitrio, salvi i limiti impostigli da norme di legge, che gli facessero obbligo di sancire per lo straniero in lite con un Romano per dati casi un

dato diritto. Simili norme di solito erano conseguenza di trattati approvati dal popolo con Stati stranieri, ai cui membri in lite con Romani fosse garantito in essi un certo stato di diritto. Peregrini di uno stesso Stato (o esistesse giuridicamente questo Stato o esistesse solo in linea di fatto per una tolleranza di Roma, come avveniva rispetto ai popoli sudditi) erano verosimilmente giudicati in forza dell'editto stesso secondo il loro diritto nazionale. Solo se litigassero peregrini di Stati diversi in materie in cui il loro diritto nazionale fosse diverso, soccorreano i principii edittali del diritto delle genti.[1]

§ 11. — Partizione sistematica del diritto romano.

Nessun monumento legislativo di Roma s'inspira nella partizione e nell'ordine delle norme ad un concetto scientifico.[2] La stessa deficienza sistematica si nota nella let-

---

[1] Le affermazioni qui fatte sono nella scienza tutt'altro che pacifiche. I principali testi che vengono in considerazione sono Gaio, 3, 120; 3, 121, 121 a. — Ulp., 20, 14. — Gaio, 3, 134. — Gellio, 4, 4. — Liv., 35, 7. — Gaio, 1, 92. — Macrob., *Sat.*, III, 17, 6. — XII tavole: *adversus hostem aeterna auctoritas esto.* V. Baron, *Peregrinenrecht und ius gentium.* Quest'ultimo testo va lasciato da parte per le difficoltà che offre la sua interpretazione. Dell' argomento si occupano con vari criteri, oltre al Baron, gli scrittori da lui citati, tra i quali vanno particolarmente rilevati il Wlassak, *Röm. Processgesetze,* II, § 26, 30. Mommsen, *Rom. Staatsrecht,* III, pag. 745 segg.; v. anche Pacchioni, *Corso di diritto romano,* I, pag. 115 segg. Nell'argomento sono desiderabili maggiori studi.

[2] La legge delle XII tavole mescola norme di diritto pubblico a norme di diritto privato; le une e le altre disordinatamente; comincia poi con la procedura. Del resto sono pochi i testi, di cui possiamo dire con certezza che si trovavano in una data tavola. — L'Editto adrianeo è ordinato nelle sue grandi partizioni in relazione all'ufficio del pretore e alla successione degli atti del giudizio. Il Lenel, *Essai de reconstitution de l'édit perpétuel,* vi distingue cinque parti: 1) introduzione, che contiene le norme che regolano od assicurano lo svolgimento del giudizio sino all'emanazione della formula; 2) norme sull' applicazione della *lex* da parte del magistrato rispetto ai giudizi; 3) norme sull'esercizio dell' *imperium* pure rispetto ai giudizi; 4) protezione straordinaria; 5) esecuzione e querela di nullità. Seguono tre appendici: A) interdetti; B) eccezioni;

teratura giuridica romana.[1] Forma unica e non assoluta eccezione il trattato d'istituzioni di Gaio composto circa l'anno 161 d. C., il primo in ordine storico fra i trattati romani d'istituzioni a nōi noti. Gaio distribuisce l'esposizione del diritto obbiettivo[2] in tre parti, secondo che esso riflette le persone, le cose, le azioni (*ius quod ad personas, ad res, ad actiones pertinet*); una partizione, che non troviamo seguita da alcun altro giurista romano, benchè non sia priva di giustificazione e di pregio.[3]

L'*ius quod ad personas pertinet* consta delle norme che regolano quel corpo politico che era la famiglia romana.[4] L'*ius quod ad res pertinet* consta delle norme, che

---

C) stipulazioni. — Il Codice gregoriano segue l'ordine dei *Digesta* dei giuristi, che sono commenti all'editto a cui si unisce l'esposizione del diritto civile secondo l'ordine dell'*ius civile* di Q. Mucio Scevola. L'ordine del gregoriano determinò quello del Codice teodosiano; quindi del Codice giustinianeo, che seguì l'ordine del teodosiano e dei Digesti giustinianei, che seguirono l'ordine del Codice giustinianeo.

[1] Il più antico genere di opere, in cui i giuristi antichi poterono essere tentati a seguire un ordine scientifico, erano quelle destinate ad esporre l'*ius civile*. Se si va a guardare però l'*ius civile* di Q. Mucio Scevola, i *libri tres iuris civilis* di Massurio Sabino e i *libri iuris civilis* di C. Cassio Longino non si trova nulla di simile. V. l'esposizione dei sistemi relativi in Krüger, *Rechtsquellen*, pag. 59, n. 6; pag. 151, pag. 155. La contraddizione loro col pensiero sistematico odierno risulta specialmente dal fatto che cominciano tutti colla materia dei testamenti.

[2] Non si ha un'esposizione adunque dei rapporti giuridici e questi non sono considerati da Gaio che scarsamente in sè e punto nelle loro combinazioni e nella loro mutua influenza.

[3] Il Ferrini, *Digesto*, pag. 72, su « lievi indizii, » in verità troppo lievi, toglie il merito della partizione a Gaio, per darlo al giurista repubblicano Servio Sulpicio.

[4] Dando il *pater familias* unità alla famiglia romana, si può dire che Gaio in questa parte descrive la situazione giuridica del *pater familias* circa alle potestà, che gli competono e a quelle in cui può trovarsi. E difatti egli tratta della *dominica potestas*, del *mancipium*, del diritto di patronato, della *manus*, della *patria potestas*; tutte potestà competenti al *pater familias*; della tutela e della cura, potestà queste familiari, a cui può essere soggetto. Così si spiega perchè non parli che incidentalmente delle situazioni di diritto pubblico, quali sono la cittadinanza, la latinità, ecc. e non tratti del matrimonio in sè, nè della dote, nè della parentela di sangue.

regolano i rapporti patrimoniali.[1] L'*ius quod ad actiones pertinet* è formato di una esposizione succinta dell'antico processo *per legis actiones* ed estesa della procedura formulare vigente al tempo dello scrittore.

La tripartizione gaiana è accolta nelle istituzioni giustinianee ed è seguita ancora da alcuni trattatisti non ostante le sue imperfezioni.

La dottrina odierna del diritto privato e quindi anche la dottrina romanistica, che ne è parte, con maggior senso e criterio scientifico preferisce esporre, anzi che le norme giuridiche, i rapporti giuridici, che ne nascono. E nella formazione come nella disposizione per ordine delle singole teorie obbedisce a considerazioni più razionali. L'essenziale innovazione da essa introdotta nel sistema gaiano è la creazione di una parte generale precedente alle parti speciali, nella quale trovano collocamento le nozioni preliminari e quelle teorie che si applicano più o meno uniformemente a vari oggetti trattati nelle parti speciali. Si prepone adunque ciò che non si può dire se non prima del resto, e ciò che si potrebbe anche dire nel resto, ma che, in tal caso, si dovrebbe ripetere troppo spesso. Questa la ragione ed il pregio. Il vizio di questa parte generale è di comporsi in parte di teorie filosofiche applicabili ai più disformi diritti; di separare troppo principii e istituti dal campo di loro applicazione, sforzando il pensiero a sempre più alte astrazioni e generalizzazioni che, quando si scenda al campo accen-

---

[1] L'*ius quod ad res pertinet* abbraccia l'esposizione delle distinzioni giuridiche tra le cose e dei modi di acquistarle, tanto se sono corporali, quanto se sono incorporali, come l'eredità, l'usufrutto, le obbligazioni. È da questo punto di vista di un modo d'acquisto di cosa corporale o incorporale che vengono in contemplazione in questa parte il dominio, i diritti sulla cosa altrui, l'eredità, i legati, i fedecommessi e le obbligazioni. I dubbi se la teoria delle obbligazioni non deva invece ascriversi alla terza parte, fondati su ciò che Teofilo è di questa opinione e che nei Digesti troviamo un titolo 44, 7, colla rubrica *de obligationibus et actionibus*, dileguano, pensando che la parificazione, anzi la confusione dell'*obligatio* con l'*actio* è una novità scientifica e legislativa bizantina. Al tempo di Gaio *obligatio* ed *actio* erano due entità giuridiche assolutamente diverse.

nato, vanno corrette con eccezioni frequenti o si rivelano superflue e specialmente di non farvisi quasi mai ragione alla storia.

Tenuto conto di questo,[1] abbiamo creduto opportuno di sopprimere la parte generale e di ampliare l' introduzione, come abbiamo già incominciato a fare, con la teoria relativa ad alcune poche nozioni, di applicazione frequentissima nella trattazione delle parti speciali.

Queste ultime son costituite dalle seguenti teorie: 1) Diritto delle persone; 2) Le cose e i diritti sulle cose; 3) Il possesso; 4) Obbligazioni ed azioni; 5) Il diritto ereditario; 6) Le donazioni.[2]

§ 12. — Le manifestazioni di volontà.[3]

Il diritto dispone intorno certi atti umani vari tra loro, ma tali che, guardando ai soli elementi che ne for-

[1] Ci distolgono dal seguir la via comune anche gli inconvenienti didattici che presenta la parte generale in un trattato elementare, poichè chi è ai primi passi della scienza giuridica segue male speculazioni dottrinali disgiunte dalle teorie degli istituti, nei quali le entità, su cui si specula, si presentano nella loro forma concreta e nella loro pratica importanza.

[2] Alle questioni di sistema si è data nel secolo scorso un'eccessiva importanza. Esse in realtà ne hanno poca. Preme, è vero, dare il preciso loro carattere agli istituti. Ma, dato che si faccia questo, una più o meno opportuna collocazione loro nel sistema è cosa di poco conto, perchè di rado ne viene ottenebrato quel carattere. Si può anche notare che nella disposizione delle singole teorie entro le varie parti gli scrittori divergono profondamente l'uno dall'altro, se si eccettui, e solo parzialmente, la materia dei diritti sulle cose. Il che prova che i nessi logici, secondo i quali si può distribuire la trattazione, sono così molteplici e nella loro molteplicità di importanza così uguale o così poco disuguale che il maggior peso dell'un nesso o dell'altro è tutto subbiettivo: dipende cioè il più spesso dalle tendenze individuali dello scrittore.

[3] Sostituiamo questo paragrafo ad un'intera teoria che non manca in nessun trattato di diritto privato, sia romano che non romano, ed è la teoria dei « fatti giuridici, » che si concreta poi in due teorie comprese in quella: la teoria degli « atti giuridici » e degli « atti illeciti. » Per « fatto giuridico » s'intende dagli scrittori un avvenimento che in forza della legge produce conseguenze giuridiche. Essendo

mano il tipo, hanno in comune questo: che il diritto stesso vede manifestata in essi la volontà di certi eventi; sono

---

ora i fatti che, dato un certo stato di diritto obbiettivo, producono conseguenze giuridiche infiniti di numero e d'indole infinitamente varia tra di loro, è palese che una teoria dei fatti giuridici non si può costruire e che quindi è anche inutile nella scienza l'idea od il nome di « fatto giuridico. »

Tra i fatti giuridici la scienza distingue una particolare categoria che chiama degli « atti umani » e intende per « atti umani » soltanto gli atti umani « volontari, » notando che dove l'uomo non agisca volontariamente, ivi l'atto suo non è per il diritto che un evento fisico. Facciamo a questo proposito, anzitutto, un'osservazione d'importanza secondaria ed è che il pareggiamento degli atti umani involontari a un evento fisico qualsiasi (alla caduta ad es. di una tegola dice la l. 5, § 2, D. 9, 2) è giustificato rispetto a sistemi giuridici evoluti e non a sistemi giuridici primitivi, nei quali l'atto umano involontario è spesso trattato alla pari dell'atto volontario e non alla pari di un evento fisico, o è trattato alla pari di questo in un senso inverso all'attuale, in quanto cioè anche l'evento fisico è considerato alla pari di un atto volontario umano; si punisce infatti in codesti sistemi l'animale, l'albero, che ci fa danno, come si punisce l'uomo che ci faccia danno per dolo. Resta inoltre a vedere, se la teoria della responsabilità senza colpa recentemente affermata non possa condurre a ripristinare in parte nei diritti odierni una simile condizione di pensiero e di norme. Importa assai più notare che, comprendendo poi la scienza tra gli atti umani volontari i giuridici e gli illeciti, essa non si accorge di alterare l'idea di atto volontario. Perchè se nell'atto giuridico, secondo il concetto che essa ne ha, la volontà si estende secondo i più, chè obbiezioni non mancano, a tutto l'atto (questo si ritiene infatti costituito da una volontaria dichiarazione di volontà e perfetto con questa), nell'atto illecito la volontà può non estendersi a tutto l'atto, ma solo a una parte, come avviene nei reati colposi, dove la colpa, senza l'evento dannoso, non è punita; questo si considera così parte dell'atto e tuttavia ad esso la volontà non si estende. Da ultimo, ed è l'obbiezione principale, anche circa gli atti umani volontarii va ripetuto ciò che si disse circa i fatti giuridici, ossia che l'indole loro infinitamente varia non permette una teoria di essi.

Fra gli atti umani volontari che sono fatti giuridici, usa discernere, come si è or ora accennato, due categorie: gli « atti giuridici » e gli « atti illeciti, » delle quali solo parleremo, trascurando altre categorie, come ad es. quella di atti che hanno un effetto giuridico non voluto, senza essere illeciti, mentre tuttavia obbligano a risarcire il danno che ne deriva ad altri. Qui comincio coll'aprire una parentesi per dire che altri raccoglie sotto il nome di « atti giuridici » entrambe codeste categorie, e chiama la prima « atti giuridici leciti, » la seconda « atti giuridici illeciti. » La prima categoria si trova anche chiamata « negozi giuridici; » ma v'ha chi dà questo

compiuti sempre intenzionalmente a vantaggio morale o materiale di alcuno (l'agente, gli agenti o terzi); e più

---

nome solo agli atti giuridici leciti in cui non si esige che una volontà iniziale, e non a quelli in cui si esige una volontà permanente, quali sarebbero, secondo che molti pensano, il matrimonio romano e il possesso, mentre altri lo riserba agli atti leciti, dove l'effetto giuridico è ricercato, e chiama simili a negozi giuridici quelli dove ricercato non è. V'ha ancora chi nega il nome di « atti giuridici » agli atti in cui la volontà dell'uomo si manifesta operando sulla natura esteriore, per serbarlo ai casi ove si manifesta in altro modo; ad es., non sarebbe atto giuridico fare una *inaedificatio,* occupare una cosa di nessuno; sarebbe atto giuridico una vendita. Abbiamo adunque una nomenclatura caotica. E chiudo con questo la parentesi. La definizione di atto giuridico varia sostanzialmente da scrittore a scrittore. L'idea di atto giuridico sorta solo circa un secolo e mezzo fa (il che dimostra che soddisfa tendenze speculative e non bisogni pratici) non ha trovato dunque ancora chi la formuli in maniera accettabile dalla *communis opinio.* Nè, aggiungiamo, per la strada per cui la scienza si è messa, lo troverà mai. Essa è sorta da un'osservazione di un numero limitato di fatti e da un'osservazione grossolana. Quando alcuno fa un valido testamento, un valido matrimonio, un valido mandato, ecc., si credette di notare che si ha un'espressione di volontà che qualche cosa avvenga e che la legge dà corso a questa volontà; e poichè vi dà corso, vuol dire che questo *qualche cosa* è cosa lecita per il diritto. Quando alcuno uccide un uomo nelle circostanze in cui il diritto commina per il fatto una pena, si notò che costui volle un atto che, per il fatto stesso della pena, risulta vietato dal diritto. Su questi e altri simili casi molto piani si costruì il concetto di « atto giuridico » in antitesi a quello di « atto illecito » e si disse che è atto giuridico un'espressione di volontà intesa a far sorgere, mutare, perire diritti ed è atto illecito un atto volontario vietato dal diritto. Nel primo caso il diritto, si aggiunse, attua la volontà di cosa lecita dell'agente; nel secondo, reprime la volontà di un illecito. Fatte le due categorie, si procedette a sperimentarle in parte sugli atti da cui si era mossi a farle; e in parte su quegli innumerevoli ai quali parea convenire la definizione. Il risultato dell'esperimento è però sempre uno ed è che, o per un verso o per l'altro, nessun atto quadra nelle categorie e nelle antitesi: liceità — illiceità; attuazione — repressione di volere. Di qui un continuo lavoro di correzione di codeste formule e principalmente di quella di « atto giuridico; » vero lavoro di Sisifo, perchè la realtà giuridica frange ogni formula. Non possiamo dar qui una dimostrazione delle molte ragioni per cui non crediamo che si possa fare una teoria dell'atto giuridico e dell'illecito. Dobbiamo procedere dogmaticamente, negando codesta possibilità. Noi ci limitiamo a conservare di codesta teoria i nomi, come nomi collettivi di più atti considerati dal diritto. Il carattere principale che ci serve a raggruppare nelle due categorie codesti atti (l'ordinaria socialità o la grave antisocialità loro) è di fa-

o meno ordinariamente [1] in tal contorno di circostanze, per cui riescono conformi alle esigenze della vita sociale. Tali sono ad es. la manomissione, la mancipazione, la stipulazione, il testamento, ecc. Questi atti li chiamiamo « atti giuridici » in antitesi ad altri atti umani anch'essi vari tra loro, e sui quali pure il diritto dispone, ma tali invece che, guardando ai soli elementi che ne formano il tipo, si trova che, mentre non contengono tutti necessariamente per il diritto la manifestazione di volontà di un evento, nè sono sempre compiuti intenzionalmente a vantaggio di qualcuno, offendono invece sempre gravemente [2] le esi-

---

cile intendimento, se non sempre di facile rilievo. Ed ha sopra tutto questo pregio, che non serve di base al concetto di un genere d'atto, che comprende molti diversi atti individui, com'è l' « atto giuridico » o l' « illecito » secondo la teoria comune, ma lascia in vista gli atti individui, indicando solo una proprietà loro comune.

[1] Diciamo « più o meno ordinariamente, » perchè se ad es. una legittimazione non pare che possa mai essere lesiva degli interessi sociali; un mandato lo è qualche volta; si pensi ai mandati a delinquere; e la presa di possesso lo è spesso: si pensi agli innumerevoli furti. Il diritto difende la società in vari modi da codesta possibilità che gli atti in discorso vadano a suo danno; nè sempre comminando pene o danni a chi li compie in circostanze da riuscire essi antisociali. Per tutti quelli, che non possono corrispondere all'intento dell'agente senza il soccorso del legislatore, questi si limita spesso in tal caso a negare il soccorso stesso. Gli atti giuridici, dato il concorso di circostanze in cui avvengono, possono ora piacere, ora dispiacere al diritto assolutamente (pongasi un matrimonio in tutto regolare e rispettivamente un mandato di cosa immorale) ora invece a seconda di dati eventi (piace ad es. che si doni, se con ciò non si diminuisce la quota legittima; dispiace se la si diminuisce) e ora in parte piacere, in parte dispiacere (si pensi alle seconde nozze ammesse e accompagnate tuttavia da così dette pene). Il piacere o il dispiacere dipende naturalmente dalla misura in cui nell'atto concreto si mescola la funzione sociale e l'antisociale e a seconda che queste funzioni sono dirette, indirette; certe, probabili, possibili. Di qui l'infinita varietà delle disposizioni di legge circa gli atti giuridici, che impone di astenersi dal considerarli nella figura e scopo che assumono in concreto e nell'atteggiamento del diritto rispetto ad essa figura e scopo, per considerarli solo nel loro tipo astratto. A parlar di « tipi » scende del resto anche chi non vorrebbe o non dovrebbe. V. Regelsberger, *Pand.*, I, pag. 488; Ferrini, *Pand.*, § 131.

[2] « Gravemente » diciamo. La gravità si manifesta nella reazione più forte del diritto contro ad essi e nella maggior facilità ad ammettere una responsabilità in chi li compie. Per lo scopo che

genze della vita sociale. Tali sono ad es. l'omicidio colposo (dove manca o il diritto non considera la manifestazione di volontà di un evento e non è compiuto a vantaggio di alcuno), il furto, ecc. A questi diamo il nome di « atti illeciti. » La varietà rilevata fa sì che non possa esistere una teoria comune a tutti gli atti giuridici o a tutti gli illeciti. Onde la distinzione in discorso non ha per noi che lo scopo di sostituire in vari luoghi della trattazione un nome ad una lunga enumerazione di singoli atti tipici, circa i quali valga una stessa norma e di poter così menzionare distintamente ai detti luoghi solo quell'uno od alcuni per cui vale una norma diversa. I Romani che non temeano ripetizioni (ad es. dicono volta per volta quando un'azione passa attivamente e passivamente agli eredi o si dà nossalmente contro il padre o il domino) poterono perciò fare a meno di entrambe le categorie.

Premesso questo, entriamo nell'argomento di questo § avvertendo che il diritto assume spesso come ipotesi dei suoi precetti che una persona in qualità di privato[1] abbia tenuto una condotta, che il diritto stesso considera come manifestazione di una volontà della persona stessa. Una manifestazione di volontà può costituire anche solo per il suo contenuto e la sua forma un atto definito (es. il giuramento), o essere parte di un atto simile, come avviene nella vendita, nell'occupazione, nel furto, tutti casi in cui o altre manifestazioni di volontà o altri fatti ed atti concorrono a formare la definizione dell'atto. Il diritto ha riguardo alla volontà manifestata in modi molteplici: ora per imporre a chi la manifesta una responsabilità, una pena (così nel furto); ora per ammettere

---

diamo alla nomenclatura, la qualifica è necessaria. Se comprendessimo tra gli atti illeciti tutti gli atti contrari a un divieto o ad un comando del legislatore (che è la frase in uso a designarli, meno esatta del resto e chiara e profonda di quel che si creda), codesto scopo verrebbe meno. Non potremmo neppur dire che l'infante è irresponsabile d'atti illeciti: perchè l'infante è responsabile, se non paga un debito.

[1] Noi non abbiamo qui ad occuparci degli atti dell'autorità pubblica.

esistente un fatto, a cui connette in date circostanze delle conseguenze giuridiche (così nella presa di possesso); ora per attuare la volontà stessa, con riguardo però agli interessi sociali, alle esigenze dell'equità e nei modi a lui propri, il che tutto può portare il diritto, mentre tende a codesta attuazione, a far che gli effetti della manifestazione deviino in più o in meno o anche siano diversi dalla volontà manifestata; ora insieme per attuare la volontà e per punirla (così nel caso della vedova che passi entro l'anno del lutto a seconde nozze); ora per dar valore alla manifestazione di volontà altrui (si pensi all'*auctoritas tutoris*) e in altri vari modi.

Una manifestazione di volontà è sempre lo stesso atto per concetto. È solo in considerazione delle molteplici forme che può assumere, della varietà cioè degli atti, in che può consistere, che abbiamo usato nella rubrica il nome di « manifestazioni di volontà. » [1]

La volontà non è per il diritto che dell'uomo, l'intelligenza del quale sia sviluppata e che sia sano di mente. Ma il diritto non esige sempre lo stesso grado di sviluppo d'intelligenza o lo stesso grado di sanità mentale per ammettere che una persona è capace di volere. Esso può attribuire ad una persona meno sviluppata o meno sana di mente la capacità di volere una cosa e non quella di volerne un'altra. Così l'infante può per il diritto voler prendere possesso di balocchi donatigli e non di un fondo; il prodigo ha nella prodigalità un vizio mentale che lo fa inetto a volere solo ciò che può compromettere il suo patrimonio. La stessa varietà di attribuzione della capacità di volere s'incontra circa agli atti illeciti.

La volontà è un elemento inesistente per il diritto finchè rimane interna, latente. Essa deve manifestarsi. Può manifestarsi così volontariamente che involontariamente. Chi dichiara ad es. di voler prendere in affitto una casa, vuole manifestare questa volontà; chi getta via

[1] Useremo nello stesso senso anche del termine « dichiarazione » a cui altri dà invece il senso specifico di manifestazione di volontà rivolta ad altri.

una cosa inutile dimostra di non voler più esserne proprietario, ma non pensa nè vuole quindi dimostrare ciò. Il diritto tiene conto così delle manifestazioni volontarie di volontà che delle involontarie.

La manifestazione di una volontà si può compiere in modi infiniti e spesso con atti vari e distinti o con una condotta prolungata nel tempo. Nè sempre con atti positivi; in date circostanze è compiuta anche con atti negativi (omissioni). Non apparendo che atti positivi o negativi di una persona, il giudizio che una persona volle è sempre frutto di un ragionamento. Dagli atti suoi si desume l'esistenza di un volere. Parrebbe quindi che dove il diritto pone per presupposto delle sue disposizioni una data volontà di una persona, egli dovesse sempre permettere ed esigere che ci si giovasse di tutti gli argomenti possibili per dimostrare che la volontà ci fu, e non applicasse le sue disposizioni, comunque restasse l'adito aperto ad un dubbio che la volontà presupposta mancò. Ma il giudizio sull'esistenza di un volere è nell'immensa maggioranza dei casi così incerto, che troppe volte, seguendo codesto principio, le disposizioni, che han per presupposto il volere, rimarrebbero inapplicate con grave danno della vita sociale. Il diritto si trova perciò nella necessità di non lasciare codesta libertà di prova che solo in dati casi, mentre in altri, per motivi e circostanze varie, dato uno o più fatti che possono avere il significato di espressione di una data volontà, egli ammette che la volontà vi sia. Così ad es. il diritto romano evoluto segue un principio di libera prova trattandosi di disposizioni d'ultima volontà; segue il principio contrario in materia di stipulazione. Perciò si disse che giuridicamente si ha una manifestazione di volontà dovunque ci siano atti che il diritto stesso considera come dimostrazione di una volontà. Il diritto ora considererà per tali quelli che secondo un sistema di libera prova la dimostrano, ora quelli che secondo codesto sistema non la dimostrerebbero. Sempre in ogni caso è il diritto che stabilisce quando sia manifestato un volere. Nelle prescrizioni relative esso può allontanarsi dal sistema di libera prova in modo tale

da giungere ad attribuire ad alcuno una volontà che certamente non ebbe. Neppure in questo caso si può dire tuttavia che il diritto non bada che alla manifestazione di volontà e non alla volontà interna. Il presupposto del diritto resta sempre la volontà effettiva; variano soltanto le sue norme circa la prova del volere. Norme che talora sono formulate dalla legge, talora invece dalla giurisprudenza interprete del pensiero legislativo.

Usa distinguere la manifestazione « esplicita » e la « tacita » di volontà. I nomi sono evidentemente derivati dalla contrapposizione tra la manifestazione mediante la parola o i segni destinati a surrogarla (la scrittura, i cenni) da un lato e ogni altro modo di manifestazione dall'altro. Ma nella scienza del diritto l'antitesi assume significati vari a seconda delle disposizioni di legge in cui è contemplata.[1]

Un problema ozioso è quello: se e quando il silenzio dell'uno possa valere come manifestazione di volontà di fronte ad una dichiarazione di volontà fattagli da altri. Infatti se per « silenzio » s'intende che non vi fu alcuna

---

[1] V'ha chi esige ad avere la manifestazione esplicita che sia fatta, come direbbe il termine « esplicito » in antitesi a « tacito, » appunto colla parola, collo scritto, coi cenni. Non mi pare che chi sostiene questo avverta che le manifestazioni esplicite del volere in tale ipotesi sarebbero molto rare. È un caso eccezionale infatti che si dichiari « solo » colla parola e coi suoi surrogati « tutto » il volere. Normalmente codesti segni riescono dichiarazione di volontà in relazione al discorso o al contegno proprio od altrui o ad altre circostanze. I più perciò non seguono codesto criterio e lo surrogano con altri ad es. con questi: è dichiarazione esplicita quella fatta a mezzo di estrinsecazioni che, secondo l'uso del commercio o in forza di speciale determinazione, siano destinate a dichiarare tale volontà: tacita ogni altra — è dichiarazione esplicita quella che non lascia dubbio sul volere, tacita quella che lascia dubbio — è esplicita la diretta, tacita l'indiretta — è esplicita quella che sta in una partecipazione di volontà, tacita quella che si esplica in atti di esecuzione. Sono criteri molto assoluti, ma altrettanto vani. Dove la legge non esige altro se non che la volontà sia dichiarata, non giova a nulla discutere se la dichiarazione fatta sia esplicita o tacita. Dove esige la dichiarazione esplicita, allora dalle circostanze del caso risulterà che cosa intende per « esplicita. » È possibile che in quel caso si trovi esatto uno di codesti criteri citati. L'errore sta nel pretendere che quell'uno valga per tutti i casi.

manifestazione di volere, allora il problema riesce una contraddizione in termini. Esclusa questa ipotesi, resta l'altra che per « silenzio » s'intenda un contegno tale di chi ricevette la dichiarazione, che, se non la avesse ricevuta, non varrebbe come manifestazione di volontà e il problema si riduce a vedere se l'aver ricevuto la dichiarazione possa farlo invece valere per tale.[1] Ora in proposito si può dire soltanto che in certi casi il diritto romano innanzi a una dichiarazione altrui ritenne avvenuta una dichiarazione nostra con un contegno, in cui altrimenti una dichiarazione simile non la avrebbe vista. Dunque il fatto di aver ricevuto una dichiarazione di volontà esercita effettivamente un'influenza nel senso di dar valore di manifestazione ad un'attività di chi la ricevette che altrimenti codesto valore non lo avrebbe. Ma non la esercita in modo uniforme. A lato a casi in cui ciò si verifica ne abbiamo altri in cui, operando colla sola idea di manifestazione del volere, si dovrebbe venire alla stessa conclusione e il diritto non vi perviene.[2]

Quando una persona manifesti la sua volontà in un dato o in uno fra più dati modi predeterminati per certe più o meno late categorie di voleri dal diritto, così che, se la manifestazione della stessa volontà seguisse in modo diverso, non varrebbero per essa le stesse disposizioni

---

[1] Normalmente si fa consistere il silenzio nella inazione assoluta di chi riceve la dichiarazione di fronte ad essa. Si suppone così un impossibile. La percezione infatti di una dichiarazione altrui capace di provocare una nostra manifestazione di volontà non ci permette di restare inattivi rispetto alla dichiarazione ricevuta dal momento in cui questa è atta a provocare la manifestazione nostra (ad es. dal momento fissato da chi ci scrive per avere una risposta). Prima ora di questo momento non può esserci l'inazione in discorso per la mancanza di un nesso necessario tra il nostro contegno e la dichiarazione ricevuta. Quindi l'ipotesi del silenzio scompare per questo motivo. Dopo scompare per un motivo opposto. Perchè cioè dopo quel momento la parte che ha ricevuto la dichiarazione prende, tolto il caso di un impedimento fisico, volente o nolente posizione di fronte alla dichiarazione e quindi essa agisce (positivamente o negativamente) in relazione alla dichiarazione.

[2] Ad es. non si rinnova il mutuo lasciando che il mutuatario conservi la somma; ma si rinnova il precario a tempo lasciando il precarista sul fondo.

di legge ma o nessuna o diverse, allora si parla di una manifestazione « solenne » o « formale » di volontà. Il commercio sociale romano nei tempi primitivi avveniva frequentemente per via di manifestazioni formali di volontà, specialmente trattandosi di affari che aveano luogo tra gente e gente. Il diritto della città fece proprie codeste forme ed altre si svilupparono in seguito già nell'alta antichità. Questa predilezione per le formalità nel commercio sociale, che il diritto antico romano ha in comune con tutti i diritti primitivi, andò molto attenuandosi nella sua successiva evoluzione.

La forma nazionale dei Romani era la verbale. E perciò l'antitesi tra la dichiarazione formale e non formale di volontà non si trova espressa da loro che opponendo ai *verba* il *consensus* o la *voluntas;* non già che i *verba* anche per loro non contenessero l'espressione di una *voluntas;* ma il diritto, dov'erano usate le formule verbali, non ammetteva che potesse esistere una *voluntas* diversa da quella che esse esprimevano; in altri casi invece, dove non si erano usate, il diritto ammetteva una più o meno libera prova circa la volontà.

La forma nazionale dei Greci era invece la scritta. Così si spiega come via via che le influenze greche penetrarono il diritto romano, la forma verbale abbia ceduto nel commercio sociale il passo alla scritta, finchè nel diritto giustinianeo veramente le formalità consistono quasi sempre in atti scritti, anche dove apparentemente si presuppone l'uso della forma verbale. Forme, del resto, note al diritto romano sono anche gesti ed atti delle parti, intervento di testimoni, ecc.

Le forme hanno, secondo la loro varia natura e i vari casi, vari scopi: richiamare l'attenzione di chi manifesta la volontà sulla gravità dell'atto che fa; mettere fuori di contestazione l'esistenza e il contenuto della manifestazione; darvi pubblicità; mantenerle importanza sociale; persino cingere l'atto in che consiste o di cui è parte di bellezza e conciliargli favore.

Dove il diritto non esige l'uso di forme, le parti (diciamo le parti, perchè normalmente si tratta di conven-

zioni) possono tuttavia stabilire di usarne per vari scopi, tra cui il principale è quello di favorire la prova. L'effetto dell'inosservanza della forma stabilita dipende in questo caso dall'intenzione delle parti stesse. È dubbio il significato di una prescrizione giustinianea[1] per il caso che non sia osservato il patto di redigere una convenzione in iscritto.

Si dice che la forma è usata *ad probationem* e non *ad solemnitatem*, ciò che avviene specialmente rispetto all'uso della scrittura e all'intervento di testimoni, quando per una manifestazione di volontà valgono le stesse disposizioni di legge, anche se la forma non è osservata, e questa non ha che funzione di prova.

Talora la legge connette le sue disposizioni all'ipotesi che una sola persona abbia manifestato un volere; tal altra all'ipotesi che due o più persone manifestino, comunicandoseli, dei concordi voleri. Nel primo caso si ha una manifestazione « unilaterale » di volontà; nel secondo una manifestazione « bilaterale, » che prende presso i Romani ab antico il nome di *conventio*, e in epoca più recente quello di *pactio* o *pactum*. Gli interpreti del diritto romano, e con loro tutta la scienza del diritto, parlano in questo caso di « contratto » che definiscono l'accordo di più persone nella stessa cosa o l'incontro di due voleri ad un fine. Si dice « incontro di due voleri ad un fine » in antitesi ad una mera « coincidenza. » Per i Romani, sino esclusivamente a Giustiniano, *contractus* significava soltanto « affare, » « negozio. »[2]-[3]

---

[1] L. 17, C. 4, 21: si discute se vi si neghi ogni effetto alla convenzione non redatta in iscritto, o se soltanto vi si stabilisca il modo di redazione del documento. Sorvoliamo su altre interpretazioni.

[2] Nel corso della trattazione useremo quindi ad indicare il *contractus* di codesti termini o anche di quello di contratto, ma come equivalente a quelli e non nel senso odierno. Per indicare il contratto odierno useremo il termine « convenzione. »

[3] Il concetto amplissimo di « contratto » come convenzione, accordo, ha permesso agli interpreti di parlar di contratti familiari (ad es. matrimonio, adozione), reali (ad es. mancipazione), obbligatorii (ad es. vendita), ereditari (ad es. contratto di eredità e forse lo stesso testamento combinato coll'adizione di eredità). Anche i Romani dei

La volontà si può dichiarare personalmente o per mezzo di « nunzio. » Nunzio è la persona incaricata da noi soltanto di trasferire ad altri, in nome nostro, l'espressione della nostra volontà.

Se una persona è incapace di formare certe volontà, la la legge permette in dati casi che voglia per essa un'altra persona, che la legge stessa determina. Così i municipi, gli infanti, i furiosi, non possono volere; la legge consente che vogliano per essi i loro amministratori, tutori, curatori dentro i limiti, che esporremo a suo luogo. In questi casi la persona che forma la volontà è « organo » della persona incapace di formarla; quella diviene infatti come il cervello di questa; la sua volontà è la volontà di questa.

Altra è la situazione del « rappresentante. » Questo nome va riservato alla persona, la volontà della quale vale, nel caso dato, per volontà di un'altra, che è capace di quel volere, così che la dichiarazione di volontà di quella produce la stessa situazione giuridica che produrrebbe

---

termini *conventio, pactio* hanno fatto larghissimo uso. Ma noi riteniamo che l'idea moderna di contratto vada ristretta ai casi in cui la volontà può atteggiare in un modo o nell'altro la situazione giuridica, e non in quelli in cui la situazione giuridica è predeterminata dalla legge così che non v'ha che ad accettarla o respingerla. È inutile parlar di contratto ad es. rispetto al matrimonio, all'adozione, all'assunzione d'impieghi pubblici, alla costituzione della proprietà, ecc., in generale alle convenzioni costitutive di « stati » di persone e di cose definiti nelle leggi. Può essere richiesto che due persone vogliano che sorga lo « stato » in discorso, perchè nel dato caso sorga; ma la volontà delle parti non influisce sul suo contenuto. Riteniamo ancora che si deva escludere dall'idea di contratto i casi in cui la legge scorge nel consenso di una parte solo una condizione, perchè abbia corso la volontà di un'altra. Non si ha infatti allora un atto comune alle parti; ma un atto di una parte soltanto, gli effetti del quale non si verificano senza il consenso dell'altra. In parte questo motivo di esclusione tocca certi casi già esclusi dal concetto di contratto per il motivo precedente; ad es. quello dell'adozione. Un caso ad es. che va escluso per questo solo secondo motivo è la donazione dinanzi ai diritti che vogliono per essa l'accettazione. Sarà benissimo che per donare un fondo a Tizio occorra che egli accetti il dono; ma la donazione resta atto del donante; l'accettazione è solo condizione, perchè la volontà unilaterale del donante abbia il suo corso.

l'identica dichiarazione fatta da questa. Rappresentanti si può divenire così per disposizione di legge che per volontà privata. Il diritto romano mostra la più assoluta avversione all'istituto della rappresentanza. Esso non la ammise per lungo tempo. Vedremo più innanzi le deroghe stabilite a codesto principio.

« Intermediario » dicesi la persona, la volontà della quale vale nel caso dato per volontà sua, così che gli effetti giuridici della manifestazione del volere si verificano nel suo capo, ma insieme si trova in condizione di dover permettere o di poter esigere che codesti effetti passino nel capo di un'altra persona. Intermediarii il diritto romano ammise sempre.

I trattatisti riassumono consuetamente le tre figure di organo, rappresentante, intermediario sotto il nome di « rappresentante » e mentre non distinguono tra le due prime, oppongono queste alla figura dell' intermediario parlando nei due primi casi di rappresentanza « diretta » nel terzo di « indiretta. »

Lo stesso nome di rappresentante viene dai più fra i trattatisti dato anche alle persone sottoposte al potere del *paterfamilias*, in causa del fatto che queste, se erano naturalmente capaci di manifestare una volontà, acquistavano immediatamente al padre diritti con certe loro manifestazioni di volontà e talora anche lo faceano debitore. Ma codesto nome è dato alle persone in discorso a sproposito. La manifestazione di volontà del sottoposto non vale infatti, rispetto al diritto, come manifestazione di volontà fatta dal padre. Onde codesta conseguenza non dipende da una identificazione della volontà di una persona con quella di un'altra. Essa ha la sua causa soltanto nell'organizzazione della famiglia romana, per cui i sottoposti al *paterfamilias* non poteano aver nulla in proprio e fungevano, volenti o nolenti, come strumenti d'acquisto al padre, o era necessario in dati casi e limiti tener questo responsabile degli atti di quelli.

Nel campo delle manifestazioni di volontà di fare una perdita patrimoniale e di produrre un correlativo acquisto a favore d'altri si presenta l' antitesi fra manifesta-

zione « astratta » di volontà e manifestazione « causale. » Si ha la prima, quando il diritto disponendo circa gli effetti della manifestazione, non considera la sua « causa » ossia quello scopo che determinò l'agente a volere la perdita, il quale giustifica di fronte al diritto la perdita stessa. Si ha la seconda, quando il diritto, facendo ciò, considera invece codesto scopo, per impedire o revocare la perdita, se esso non si realizzi.

Astratta era ad esempio la promessa fatta per una causa mediante stipulazione fino al secondo secolo dell'impero, perchè il diritto teneva obbligato il promittente, anche se la causa non si realizzava, nè gli accordava alcun rimedio contro l'obbligazione assunta.

Causale era la manifestazione di volontà di trasferire il dominio, se fatta per una causa, poichè non realizzandosi questa, si poteva con *condictio* ripetere il dato. Anche in altro modo ad es. mediante eccezione può il diritto dar valore alla causa. La volontà di fare una perdita patrimoniale a favore d'altri può essere concepita senza causa. In tal caso è un elemento dell'atto di donazione. Le manifestazioni di volontà di fare un acquisto patrimoniale non hanno causa, perchè la volontà di acquistare ha la sua giustificazione nell'acquisto stesso voluto.[1]

---

[1] Normalmente si oppongono « atti » astratti ad « atti » causali secondo che l'atto è perfetto o no, non realizzandosi la causa. Ciò costringe gli scrittori a considerare la causa negli atti giuridici tipici, come la mancipazione, la vendita, il mutuo ecc.; e allora si perdono tra le regole proprie dell'atto tipico e quelle proprie di quell'atto che si indica coll'oggetto del volere manifestato compiendo l'atto tipico. Di qui le questioni fatte intorno a certi atti tipici, se siano causali o astratti. Questioni vane. Non si può discutere se la mancipazione sia atto causale o no. Si può chiedere solo se sia causale o astratta nel senso esposto nel testo la manifestazione di volontà che si ha in essa di trasferire il dominio, cioè l'atto di trasferire il dominio. E allora la risposta non è dubbia nel primo senso. Osserviamo ancora: si dice ad es. che il mutuo è atto causale. Causale è invece solo la manifestazione di volontà del mutuatario di rendere la quantità di fungibili ricevuta a mutuo. È un altra prova della necessità di distaccare la nostra distinzione dagli atti giuridici; finchè la si tiene unita a questi, non vedremo spesso

Dalla causa si distinguono i « motivi » delle manifestazioni di volontà in discorso. Sono tutte quelle ragioni del volere, che pur non lo viziano, a cui il diritto non dà valore di giustificazione di esso, onde non trovano da parte sua considerazione alcuna. Causa ad es. dell'obbligo che si assume il compratore di una merce di pagarne il prezzo è il corrispondente credito che acquista ad avere la merce; motivo è ad es. l'intenzione sua di fare un guadagno rivendendo la merce. I motivi di un volere possono avere in altri campi importanza; così negli atti illeciti e qualche rara volta pure in giuridici.

Può esistere l'apparenza di una manifestazione di volontà e non la sostanza. Ciò avviene, se chi materialmente tenne una condotta che all'apparenza è manifestazione di volontà, non volle tenerla. Pongasi che mi si sia fatta firmare (prenderò un esempio odierno) una cambiale, mentre credevo di firmare una lettera.

Può esistere la sostanza di una manifestazione di volontà, ma la volontà effettiva non corrispondere alla volontà manifestata. In proposito usa distinguere la manifestazione fatta per ischerzo, la riserva mentale, la volontà simulata.

Si ha una manifestazione fatta per ischerzo, se a scopo innocente si fa una manifestazione di volontà, mentre non si ha l'effettiva volontà.

Si ha una riserva mentale, quando alcuno manifesta una volontà, mentre è conscio di non averla, per ingannare colui a cui la manifesta.

Si ha una volontà simulata, quando tutti i partecipi ad un atto manifestano una volontà, mentre ciascuno sa di sè e degli altri partecipi che quella volontà non l'hanno, per provocare in terzi, che si vuole ingannare, la credenza che invece la volontà esista. Se la manifestazione di volontà è unilaterale, si parla di volontà simulata, quando

---

l'atto vero, a cui si riferisce la causa, nè distingueremo rispetto a questa la varia posizione delle parti nell'atto tipico, e cadremo in altre imprecisioni. — Del termine « causa » si fa dagli scrittori uso ed abuso. Esso può essere bene usato in vari luoghi in vari sensi. Quello esposto nel testo è uno fra i molti.

chi la manifesta, e sa di non averla, fa conoscere che non la ha a colui sugli interessi del quale la manifestazione di volontà influirebbe, se fosse seria, e nasconde ciò ad altri, che vuole ingannare.

Regole assolute nei casi contemplati non esistono. In linea di principio si dovrebbe dire che, venendo meno in tutti codesti casi la volontà, cessano di aver valore le disposizioni di legge che la presuppongono. Ma per varie ragioni il diritto può considerare in codesti casi presente la volontà effettiva, e mantenere le sue disposizioni o integralmente o dentro certi limiti. L'indole degli atti concreti è la miglior guida per risolvere le questioni relative.[1]

La simulazione può coprire una seria manifestazione di volontà; e per questa allora valgono i principii di legge ad essa relativi. L'esempio consueto è quello di una seria volontà di donare coperta da una manifestazione di volontà di vendere.

Quando una persona manifesti la volontà di un fatto che non può verificarsi per opera di legge neppure parzialmente, l'atto, di cui la manifestazione è elemento, in quanto dipende per la sua efficacia dalla legge, è come non avvenuto e il giudice deve rilevare la nullità sua d'ufficio. Si è in questo caso ad es. quando alcuno dichiari d'istituire erede persona morta, o incapace di ricevere per eredità, di unirsi in matrimonio a persona, a cui non può unirsi, di vendere o comperare cosa che non esiste o che non può per legge essere oggetto di compravendita, di dividere un'eredità con persona che non è suo coerede, ecc. I moderni, considerando che in tutte queste ipotesi chi dichiara ha una « falsa nozione dei fatti, » cioè verte in « errore, » parlano di « errore ostativo, » perchè a loro avviso l'errore impedisce che l'atto abbia per opera di legge alcun effetto. È però evidente che è per-

[1] Do qualche esempio di violazione del principio anzidetto. La cambiale nel caso fatto nel testo è valida. Un matrimonio celebrato per ischerzo è valido. Ugualmente è tale un matrimonio celebrato con riserva mentale. Un'adozione *per rescriptum principis* simulata è valida.

fettamente inutile risalire all'errore che generò la dichiarazione della volontà di un fatto in ogni sua parte irrealizzabile, per spiegare la nullità di cui si tratta. Essa dipende da ciò che si volle cosa impossibile.

Si parla di « errore proprio, » o « non ostativo, » o anche di « errore-nullità » in una ipotesi diversa, quando cioè si dichiari la volontà di un fatto, che solo parzialmente può per opera di legge accadere, laddove per errore si riteneva che tutto, o per opera di legge o altrimenti, potesse accadere. In codesti casi, siccome da un lato una parziale realizzazione del volere è possibile e quindi l'atto, di cui la manifestazione di volontà è elemento, non è necessariamente come non avvenuto, ma d'altra parte non può accadere tutto il fatto voluto dal dichiarante, così la legge, entro certi limiti, gli concede di chiedere al magistrato che l'atto sia considerato come non avvenuto. Se non si chieda questo, di solito entro un certo tempo, l'atto tiene. Si è in questa ipotesi ad es. dove alcuno comperi un gioiello che crede d'oro ed è d'argento dorato. La sua volontà è realizzabile in quanto è volontà di quella specie di gioiello, di quel peso, forma, ec.; ma non è realizzabile circa la materia (oro). Conviene andar cauti nel dare codesta facoltà al dichiarante, perchè è troppo frequente il caso che la volontà dichiarata non sia pienamente realizzabile, e perchè troppo facilmente si potrebbe accampare errori per sciogliersi dai propri impegni. Gli interpreti esigono in generale che l'errore invocato sia scusabile, ossia da non potersi evitare senza una particolare diligenza; e inoltre che sia rilevante o, come altri dice, « essenziale. » [1] L'er-

[1] Si sono fatte molte categorie di dubbia utilità fra gli errori allo scopo principalmente di creare tipi di errore essenziale o non essenziale. E si è a mio avviso errato. Le decisioni sui casi pratici riescono più corrette o senza operare col concetto di errore, o in ogni caso senza operare con una particolare categoria di esso. Una di queste categorie è quella che porta il nome di *error in negotio*. Certamente se una parte vuol dare in locazione e l'altra intende invece di ricevere a commodato, non c'è locazione, nè commodato. Ma non v'ha bisogno, per venire a questa conclusione, di pensare che chi intese di dare in locazione errò, supponendo che l'altra parte intendesse di ricevere in conduzione. Basta operare coll'idea di lo-

rore non essenziale può al più in qualche caso lasciar luogo a chiedere un risarcimento, ma non la dichiarazione di nullità dell'atto.

L'errore è uno dei casi di « vizi » del volere. Di simili « vizi » se ne annoverano altri due: il « dolo » e la « violenza, » per cui una parte è indotta a una dichiarazione di volontà che altrimenti non avrebbe fatta. Ma sul dolo e sulla violenza è più opportunamente trattato nella materia delle obbligazioni e delle azioni.

Le manifestazioni di volontà di un evento conseguibile per opera di legge possono essere « nulle » o « annullabili. » Sono nulle, quando il diritto neghi il suo soccorso all'attuazione dell'evento, imponendo al giudice di con-

---

cazione e rispettivamente di commodato. Allora anche spiegheremo perchè, se il tipo dell'atto non domanda una volontà specifica solo ad esso, possa stare una dichiarazione di volontà come elemento di un atto, mentre si pensò ad un altro. Così ad es. la dichiarazione di volontà fatta da un socio che si crede proprietario solitario di manomettere il *servus communis,* non vale come dichiarazione di manomissione, che è ciò che volea, ma vale come dichiarazione di derelizione. Fu già riconosciuto che il così detto *error in persona* può essere così rilevante che irrilevante a seconda degli atti. Si ha *error in persona* quando pensiamo di agire con una persona e invece agiamo con una persona diversa. Ad es. volea sposare Tizia e sposo Caia; volea vendere a Tizio e vendo a Caio. È certo ora che, se nel caso di matrimonio l'*error in persona* lo annulla, in quasi tutte le vendite a contanti non conta. Della rilevanza si giudicherà quindi secondo l'indole dell'affare. Ma la rilevanza dell'errore nella persona ora dipenderà dall'identità personale, ora dalle qualità personali, e quindi sotto il nome di *error in persona* vanno cose sostanzialmente diverse; il caso ad es. che sposi Tizia mentre intendo di sposare Caia, e il caso che prenda al mio servizio come chimico Tizio che credo un chimico, mentre è un musicista. Sull'*error in corpore* (l'errore sulla identità dell'oggetto) va detto ciò che si disse sull'*error in persona* nel senso di errore sull'identità personale. Può contare o no. Se entro nel fondo corneliano credendolo il semproniano, che solo voglio acquistare, non acquisto per tradizione quello, nè questo; ma se io intendo comperare a una fiera di beneficenza tra molti vasi uguali il vaso A e invece quello che indico e mi si consegna è il vaso B, la vendita tiene. Non precise ed esposte a non dissimili osservazioni sono le categorie dell'*error in substantia* (errore sul sesso di uno schiavo, secondo i Romani o sulla materia della cosa anche modernamente; ad es. si comprò per vino ciò che era aceto (dell'*error in qualitate* (errore sulle qualità della cosa), dell'*error in quantitate* (es. credetti di vendere per 100 e l'altra parte di comprare per 50).

siderare la manifestazione di volontà come non avvenuta, anche se non ne venga richiesto. I motivi di nullità in parte dipendono da norme generali di diritto; in parte consistono nel difetto di elementi che concorrono a costituire l'idea dell'atto, di cui la manifestazione è parte, mentre non può questa concorrere a costituire un atto diverso e perfetto nei suoi elementi; in parte da inosservanza delle specifiche disposizioni di legge relative all'atto, inosservanza a cui il legislatore connette la dichiarazione della sua nullità. Sono « annullabili » le manifestazioni di volontà, quando la legge impone al giudice di considerarle come non avvenute, solo se ne sia richiesto. La « nullità » come l' « annullabilità » può essere parziale o totale.

Le dichiarazioni di volontà, sia nulle che annullabili, possono divenire valide per vari motivi. Si parla allora di una convalescenza dell'atto di cui sono parte. Ad es. una donazione tra coniugi è nulla; ma se il donante premuore al donatario senza revocare la donazione, la dichiarazione di donare produce i suoi effetti, cioè diventa valida. I fatti per i quali un atto, di cui è parte una dichiarazione di volontà nulla o annullabile, diviene valido, sono molteplici. I più frequenti sonó lo scorrere del tempo che consuma il rimedio accordato dalla legge per impugnare l'atto e la rinuncia al rimedio stesso da parte di chi potrebbe giovarsene, e, ciò che non diverge molto da quest'ultima fattispecie, la conferma fatta della dichiarazione di volontà da parte del dichiarante, purchè la conferma avvenga senza vizio. In quest'ultimo caso si parla di « ratifica, » un termine che non ha significato costante e che si applica ad altre ipotesi.

Chiudiamo questo § facendo menzione di alcune distinzioni in uso nelle scuole tra gli atti in cui è implicita una manifestazione di volontà e che usano nel commercio sociale.

I Romani oppongono la donazione fatta *mortis causa* a quella fatta *inter vivos* o non *mortis causa,* la manumissione fatta *inter vivos* a quella fatta *testamento.* La designazione *inter vivos* e *mortis causa* non avea che lo scopo di distinguere una specie di un atto da una o più

altre specie dell'atto stesso. Gli interpreti mossero da queste espressioni a formare una grande partizione degli innumerevoli atti menzionati in atti *inter vivos* e *mortis causa,* dando vari criteri dell'antitesi.[1]

Noi crediamo che la nomenclatura non possa mantenersi che per designare col nome di atti *mortis causa* certi dati atti e sono l'istituzione di erede, il legato, il fedecommesso e la *donatio mortis causa,* e col nome di atti *inter vivos* tutti gli altri.

Altra ripartizione poco felice è quella in: *essentialia, naturalia, accidentalia negotii.* S'interpreta generalmente così: sono *essentialia negotii* gli elementi di un atto per cui corrisponde a un dato tipo (ad es. rispetto a una vendita l'accordo nel dare la cosa ed avere il prezzo, senza di che non c'è vendita); *naturalia negotii* le ulteriori proprietà ed effetti corrispondenti per diritto all'atto, solo se le parti non li abbiano esclusi (ad es. venduta una cosa, il venditore risponde per i vizi occulti di essa, se non sia stabilito dalle parti diversamente); *accidentalia negotii* le disposizioni prese dai contraenti volta per volta come elementi dell'atto, ma che non sono elementi essenziali nel senso veduto, quantunque le parti possano darvi lo stesso valore, mostrando di non voler che l'atto sia perfetto ed abbia effetto, se non siano prese, e che non ne sarebbero elementi mai senza la loro volontà (tale è ad es. il patto anticretico aggiunto a un pegno).[2]

---

[1] In generale si dice che sono atti *mortis causa* quelli preordinati a dispiegare i loro effetti dopo la morte dell'agente; *inter vivos* tutti gli altri. Con questo criterio non sarebbe atto *mortis causa* la donazione, che i Romani chiamano *mortis causa,* perchè questa rende proprietario il donatario vivo il donatore; nè giova richiamarsi a l. 32, D. 39, 6, dove il termine *perfecta* allude all'irrevocabilità; e sarebbe atto *mortis causa* il farsi promettere da Tizio che pagherà cento a Caio dopo la mia morte, ciò che in diritto giustinianeo era possibile; mentre i Romani non qualificano mai la stipulazione per atto *mortis causa.* Si tentò di correggere la formula; o di abbandonare un criterio unico degli atti *mortis causa* per seguirne più; fatica inutile; il vizio è nella stessa trasformazione e generalizzazione della buona antitesi romana.

[2] Per comprendere che la ripartizione vale poco basta avvertire che la categoria *essentialia negotii* ha senso; ma perchè elementi es-

Ha qualche nesso nella terminologia romana la distinzione tra atti « a titolo lucrativo » o « gratuito » e atti « a titolo oneroso. » Si ha un atto a titolo oneroso, se mentre una persona col suo atto intende a procurare un elemento patrimoniale ad un'altra, questa non lo consegue che con un suo sacrificio economico. Si ha un atto a titolo lucrativo o gratuito se, mentre una persona col suo atto intende a procurare un elemento patrimoniale ad un'altra, questa lo consegue senza nessun suo sacrificio economico. La compravendita è il tipo degli atti a titolo oneroso; la donazione il tipo degli atti a titolo gratuito.

§ 13. — Condizioni e *modus*.

Si può volere semplicemente, o subordinatamente all'ipotesi di un avvenimento futuro ed incerto. Così Tizio ad es. può promettere di dar cento; o può promettere di dar cento, se farà un'eredità. Quando la volontà è subordinata dal dichiarante a una simile ipotesi si dice che è una volontà « condizionata; » « condizione » dicesi l'avvenimento futuro ed incerto che costituisce l'ipotesi. I Romani diedero valore alle condizioni aggiunte alle dichiarazioni di ultima volontà prima di darlo a quelle aggiunte a dichiarazioni diverse.[1] Certi atti non tollerarono però mai l'aggiunta di condizioni: tali sono il

---

senziali ha ogni cosa corrispondente a un tipo di cosa. Si possono annoverare gli elementi essenziali del testamento per lo stesso motivo per cui si possono annoverare quelli della pera, del bue, o del furto. I *naturalia negotii* sono un mero nome dato alle disposizioni che la legge unisce all'ipotesi di un atto tipico, con facoltà alle parti di derogarvi. Non significa niente il considerare queste disposizioni come derivanti dalla « natura » del negozio. Questa è metafisica. *Accidentalia* sono le volontà manifestate dalle parti non essenziali all'atto e non escluse dalla legge, e che non troverebbero sanzione nelle disposizioni prese dalla legge circa l'atto senza che fossero manifestate. È ora perfettamente inutile chiamare codeste volontà *accidentalia* dal momento che le parti possono darvi, come si è detto, il valore di *essentialia*.

[1] Tra queste, pare che fosse ammessa l'aggiunta di condizioni anzitutto alla stipulazione.

matrimonio, l'adozione, l'adizione di eredità, l'accettilazione, l'*expensilatio*, la *servi optio*, la *mancipatio*, l'emancipazione, la *datio tutoris*, la *cognitoris datio*.

Le condizioni si distinguono in «affermative» e «negative» secondo che l'avvenimento dedotto in condizione costituisce un mutamento nella condizione attuale di cose o un non mutamento; è affermativa ad es. la condizione: se tu andrai a Roma; negativa la condizione: se tu non vi andrai.[1]

Si distinguono ancora in « potestative, » «causali» e «miste,» secondo che il verificarsi dell'evento dipende dalla volontà della persona a cui si pone la condizione;[2] o non ne dipende per nulla; o ne dipende solo in parte. Esempi relativi sono: ti prometto cento se tu andrai a Roma; se domani pioverà; se tu sposerai Tizia, nel qual ultimo caso in parte il verificarsi dell'evento dipende dalla volontà del promissario e in parte da quella di Tizia.

Le condizioni sono tutte sospensive, in quanto sempre la dichiarazione di volontà a cui sono apposte è di un fatto da accadere, se l'avvenimento futuro ed incerto si verifichi. Il carattere sospensivo della condizione è evidente, dove non si abbia che una dichiarazione di volontà sotto condizione; ad es. ti prometto cento, se Tizio sarà fatto console. È meno evidente, dove si abbia due dichiarazioni, l'una semplice e l'altra sotto condizione, la qual ultima dichiarazione sia che ciò che dipese dalla prima cessi al verificarsi della condizione (es. ti dono il tal fondo; se però guarirò dalla malattia che mette in pericolo la mia vita, la donazione è revocata). In quest'ultimo

---

[1] Non è alla forma usata positiva o negativa che conviene quindi badare, ma alla sostanza; la condizione: se tu continuerai a restare al mio servizio è negativa, benchè espressa in forma positiva; essa infatti indica un non mutamento, com'è evidente, se la traduciamo nella formula equivalente: se tu non lascierai il mio servizio.

[2] In certi casi, ad es. la vendita, valea per condizione potestativa anche l'avvenimento consistente nel non dover colui, a cui si pone la condizione, che pronunciare un giudizio a suo arbitrio; ad es.: se la merce gli piacerà. Non vale la condizione potestativa consistente in un mero moto di volontà di colui a cui si pone (es.: se vorrà).

caso pare che si abbia una sola dichiarazione di volontà costitutiva di un fatto, compiuta però sotto condizione « risolutiva » come si dice, perchè si fa risolvere per il verificarsi dell'evento il fatto costituito. In realtà la condizione è anche in questo caso una condizione sospensiva apposta alla dichiarazione di risoluzione del fatto. Ciò non toglie che, premessa questa avvertenza, non si possa parlare, in un mero senso terminologico, nell'ipotesi in discorso di condizione risolutiva, come tutti fanno e come faremo noi pure in seguito.

Certe dichiarazioni delle parti assumono forma di condizione e non lo sono. Si parla allora di « condizioni improprie. » Se ne hanno varie specie: *a*) « Condizioni necessarie; » si dicono così le condizioni di un avvenimento futuro ma di cui è certo, quando si pongono, che accadrà. Simili pseudocondizioni, se sono positive, valgono per termine, come ad es. nel caso che prometta cento, se Tizio morrà; è come infatti se dicessi: prometto di pagar cento alla morte di Tizio. Se sono negative, la dichiarazione di volontà è pura. Così è nell'esempio: se Tizio non sposerà Caia, che è morta.[1] *b*) Condizioni *in praesens* o *in praeteritum collatae;* così si dicono quelle riferite ad un avvenimento presente o passato al momento della dichiarazione; es.: prometto cento, se il tale autore vive; se il tale autore è morto. Non importa che chi mette la condizione creda che l'avvenimento sia futuro. In simili casi non è incerto l'avvenimento; può essere incerta solo la cognizione di esso, onde l'efficacia della dichiarazione non è in incerto; fin da quando invece la dichiarazione è fatta, essa è o no efficace secondo che il fatto presente

[1] Si annoverano fra le condizioni improprie anche le così dette « condizioni necessarie di legge » (*condiciones iuris*), cioè le dichiarazioni sotto condizione che si verifichi un avvenimento incerto e futuro, che già per legge deve verificarsi, onde la dichiarazione possa riuscire efficace; ad es. costituisco una dote a Tizio per il caso che prenda moglie; nomino erede Tizio, per il caso che io muoia. Ma è una necessità di un genere ben diverso da quello delle condizioni necessarie contemplate nel testo. Trattandosi di condizioni necessarie di legge, si ha solo la ripetizione di una vera condizione implicita nella dichiarazione principale.

o passato dedotto in condizione sussiste o meno. *c*) Condizioni « impossibili; » tali sono quelle riferite ad un evento futuro e incerto che secondo l'andamento normale delle cose non può verificarsi mai; es.: prometto cento, se Tizio sposerà Caia, che era morta. L'impossibilità transitoria, salvo il caso che dipenda da uno stato di diritto o non sembri immorale contare che cessi, non dà carattere d'impossibile alla condizione. I Romani hanno affermato nell'età classica che le condizioni fisicamente impossibili unite alla stipulazione la annullano; nell'età giustinianea il principio si trova espresso anche per gli altri *contractus*, ossia, posto il senso dato da Giustiniano a *contractus*, per tutte le convenzioni. Le condizioni fisicamente impossibili aggiunte alle istituzioni di erede, ai legati, ai fedecommessi, alle manomissioni testamentarie per i proculiani annullavano l'atto come se aggiunte a una stipulazione; per i sabiniani invece si doveano ritenere come non scritte, della qual differenza Gaio dichiara non potersi dare ragione soddisfacente.[1] Giustiniano accolse l'opinione sabiniana che era già trionfante verso la fine del secondo secolo dell'impero. Anche in diritto giustinianeo la condizione impossibile apposta a una *datio tutoris* testamentaria la annulla; come pure annulla la diseredazione, la *ademptio legati* e la *translatio legati*. Il che significa che il principio eccezionale per cui si ritengono scritte le condizioni fisicamente impossibili, se apposte agli atti d'ultima volontà anteriormente veduti, dipende dal carattere di liberalità che essi hanno. Diversamente dalle condizioni impossibili furono trattate quelle *contra leges*,[2] ossia di possibile adempimento, ma tali che la loro apposizione tende a far commettere un atto positivo o negativo che il diritto mostra di non volere che accada; e le condizioni *turpes*, ossia

---

[1] 3, 98.

[2] Se il fatto dedotto in condizione non può verificarsi per lo stato del diritto, non si ha una condizione *contra leges*, ma impossibile; tale ad es. è la condizione: se Tizio venderà una cosa religiosa o pubblica.

che danno un carattere immorale alla dichiarazione.[1] Queste due categorie di condizioni annullarono sempre la stipulazione almeno per via di *denegatio actionis,* se apposte ad essa; aggiunte invece ad una delle vedute disposizioni liberali d'ultima volontà, venivano, su istanza di colui che era onorato dalla disposizione, condonategli (*remissae*) dal pretore volta per volta. Rendendosi costante la *remissio* della condizione, che avea prima cominciato ad usare per la condizione di giurare, gli ultimi giuristi poterono dire che anch'esse come le condizioni fisicamente impossibili sono in tali casi[2] inutilmente scritte. Eccezionalmente qualche condizione *contra leges* era ritenuta come non scritta dalla legge stessa; così la legge *Iulia* e *Papia Poppaea* annullava la condizione aggiunta a un' istituzione d'erede, a un legato, a un fedecommesso di non maritarsi mai imposta a una donna. Movendo da una simile disposizione, la giurisprudenza annullò tutte le condizioni contrarie al matrimonio e alla libertà matrimoniale. *d*) Condizioni « perplesse » diconsi quelle che sono in contraddizione colla disposizione a cui sono aggiunte, es. *si Titius heres erit, Seius heres esto; si Seius heres erit, Titius heres esto.* Codeste condizioni, se sospensive, annullano sempre sia la stipulazione che le disposizioni d'ultima volontà, perchè la perplessità loro rende perplessa la dichiarazione principale stessa. Se risolutive, sono sempre come non scritte.

Circa gli effetti delle condizioni va distinto il momento di loro « pendenza » e il momento in cui sono « decise. » Quello dura dall'apposizione della condizione alla decisione. La decisione può accadere in due modi: o per l' « avveramento » della condizione, ossia verificandosi il fatto

---

[1] Non occorre adunque che sia turpe l'atto dedotto in condizione (ad es. ti do cento, se ucciderai Tizio); questo può essere onesto e tuttavia aversi una condizione turpe; tale è il caso che io prometta cento a Tizio se voti per una data persona adatta all'ufficio a cui cerco che riesca eletta. Alle condizioni turpi sono parificate le *derisoriae,* fatte cioè a scherno di colui a cui sono poste.

[2] La *condicio iurisiurandi* non è rimessa, nè annulla la disposizione eccezionalmente trattandosi di manomissione testamentaria, o a favore di municipi, o di liberti.

dedotto in condizione (*condicio extitit*) o per la sua «mancanza» (*condicio deficit*). Se la condizione è affermativa, la condizione si avvera, accadendo il mutamento previsto; manca, quando sia certo che non possa più accadere. Se è negativa, si avvera quando sia certo che il mutamento non può accadere; manca quando accada.[1]

Durante la pendenza della condizione sospensiva il diritto non esiste, onde ad es. chi paga un debito costituito sotto condizione, mentre questa pende, paga l'indebito, e può ripetere quindi il pagato; se il venditore dà la cosa venduta al compratore *pendente condicione,* questi non inizia l'usucapione per difetto di titolo; chi trasferisce la proprietà sotto condizione resta proprietario e può alienare, ipotecare la cosa. Ma se non esiste il diritto, esiste la dichiarazione che è il presupposto perchè, all'avverarsi della condizione, il diritto sorga. Quindi è al momento in cui la dichiarazione è fatta e non a quello in cui la condizione si avvera che si ha riguardo per giudicare della capacità delle persone a fare la dichiarazione stessa.[2] Inoltre chi, avverata la condizione, acquisterebbe il diritto ha una speranza di acquisto che la legge protegge. Questa infatti ordina che se la persona interessata a che la condizione non si verifichi ne impedisce col suo dolo l'avveramento la condizione valga come avverata. Inoltre codesta speranza di diritto è alienabile e trasmissibile agli eredi a meno che non derivi da disposizione d'ultima volontà.

---

[1] Ad es. la condizione di pagar cento, se Tizio sarà fatto console, si avvera se Tizio è fatto console; manca, se morirà senza esser fatto console, a meno che non fosse sottinteso «alla prossima elezione,» nel qual caso è mancata ad elezione compiuta e Tizio non eletto. La condizione di non andare a Roma per un certo tempo si avvera, quando sia scorso il tempo, senza che il promissario sia andato a Roma; manca, se in quel tempo vi vada. S'intende che, dove manchi un limite di tempo, normalmente nelle condizioni potestative negative la condizione non si avvera che alla morte della persona nella cui potestà è il fatto dedotto in condizione.

[2] Ad es. il servo ereditario non stipula validamente un usufrutto nemmeno sotto condizione, perchè un diritto come quello di usufrutto istituito per giovare a un uomo non può essere stipulato ad una eredità che non è uomo.

Quando la condizione sospensiva manchi, allora naturalmente è come se nessuna dichiarazione fosse stata fatta. Quando invece si avveri, allora il diritto romano applica certe norme, che hanno indotto con pari ragione o con pari torto gli uni a sostenere che esso dà effetto retroattivo al verificarsi della condizione; e gli altri che questo effetto non lo ammette. Ad es. se alcuno trasferì la proprietà sotto condizione, e questa si avvera, cadono tutti gli atti di costituzione di diritti sulla cosa altrui da lui fatti circa la cosa alienata; cade anche l'alienazione che avesse poi fatta della cosa ad altri; un'ipoteca costituita per un debito sotto condizione prende data dalla costituzione e precede di grado l'ipoteca costituita posteriormente, prima che la condizione si avveri, per un debito semplice. D'altra parte l'acquirente di una cosa sotto condizione non ha diritto ad avere i frutti prodotti dalla cosa nel frattempo; permangono i diritti stabiliti a favore della cosa (es. servitù) pendente la condizione.

Quando la condizione risolutiva manchi, allora la dichiarazione di risoluzione cade nel nulla. Quando invece si avveri, la risoluzione ha luogo; ma con effetto retroattivo o no e quale carattere avrà l'effetto? In generale si ammette l'effetto retroattivo; e circa al carattere dell'effetto si ritiene che questo fosse in diritto classico di fondare un diritto di credito a che le cose fossero rimesse nella condizione in cui sarebbero, se la dichiarazione non avesse mai avuto luogo; di ristabilire senz'altro *ipso iure* codesta condizione di cose in diritto giustinianeo. Ritorneremo sull'argomento in altro luogo.[1]

Modus chiamano i giustinianei un onere patrimoniale o meno imposto dal disponente a colui a favore del quale compie un atto unilaterale di liberalità, mediante donazione o disposizione d'ultima volontà.[2] Il *modus* si distin-

---

[1] Sullo sviluppo storico delle condizioni risolutive, v. FERRINI, *Pand*, § 133-134.

[2] Ad es. alcuno lega a Tizio una somma; ma gli manifesta insieme il suo volere che eriga un monumento alla sua memoria, scrivendo: *heres meus Titio Xmilia sextertium dare damnas esto ut monumentum mihi faciat.*

gue dalla condizione perciò che la volontà della liberalità non è subordinata a quella che l'onere sia eseguito. Invece le due volontà si coordinano. Il diritto classico era scarso di mezzi procedurali per dar valore alle disposizioni modali. Queste ebbero molto maggiore efficacia nel diritto giustinianeo. Se ne riparlerà trattando del diritto ereditario e della donazione.

§ 14. — **Termine.**

Si può apporre a una manifestazione di volontà un termine.

Per termine (*dies*) s'intende una data, a partire dalla quale deve in avvenire decorrere (« termine sospensivo ») o alla quale deve cessare (« termine risolutivo ») il fatto voluto. Gli interpreti chiamano il termine sospensivo *dies a quo*, il termine risolutivo *dies ad quem*. I Romani parlavano nei due casi rispettivamente di *ex die, ad diem*. Il termine risolutivo è, come la condizione risolutiva, un termine sospensivo apposto ad una dichiarazione di risoluzione. Si distinguono *a*) il *dies certus an et quando* = è sicuro che il termine giungerà e il momento di tempo in cui giungerà; es. fra tre mesi; *b*) il *dies certus an, incertus quando* = è sicuro che il termine giungerà ma non il momento di tempo in cui giungerà; es. alla morte di Tizio; *c*) il *dies incertus an, certus quando* = è sicuro il momento di tempo in cui il termine giungerà, ma non se giungerà; es. quando sarai maggiorenne; *d*) il *dies incertus an et quando* = è incerto tanto se il termine giungerà che il momento di tempo in cui giungerà; es. il giorno che sposerai Caia.

Gli atti che vedemmo non ammettere condizioni non ammettono neppure termini; l'aggiunta di questi, come di quelle, li annulla. Il termine « impossibile » (ad es. pagherò 100 il 30 febbraio) sembra fosse trattato analogamente alle condizioni impossibili.

Quando il termine è *incertus an,* esso vale come condizione, perchè nel fatto è costituito da un avvenimento

futuro ed incerto. Quando sia sospensivo *certus an*, nei legati esso forma ancora condizione, perchè il legatario può morire prima che il termine giunga, e in tal caso non acquista il legato. In tutti gli altri casi il termine *certus an* è vero termine.

Gli effetti del termine non sono uniformi nè per il sospensivo, nè per il risolutivo.

Quando sia sospensivo e si tratti ad es. di diritti di credito, questi sussistono e solo ne è ritardato il pagamento, onde, se il debitore paga innanzi al termine, paga il debito, nè può, anche se pagò credendolo scaduto, ripetere il pagato; trattandosi invece di trasferimento di proprietà, di diritti sulla cosa altrui, di un credito da un dato termine, codesti diritti non sono acquisiti che al giungere del termine.

Quando sia risolutivo, va distinto secondo che è apposto alla costituzione di un usufrutto, di un diritto di pegno, di un' enfiteusi, di una superficie, o di un diritto di credito (purchè non sia da stipulazione) o invece alla costituzione di proprietà e di servitù, o di un credito da stipulazione. Nel primo caso al giungere del termine il diritto si estingue. Nel secondo no, quantunque almeno l'ultimo diritto cerchi con mezzi indiretti (*exceptio*) di dar valore al termine; si discute però se in diritto giustinianeo non si verifichi una revoca *ipso iure* della proprietà, se fu trasferita sotto termine risolutivo per donazione o legato.

Sulle decisioni ed anche sui dubbi dei giuristi antichi intorno all'apponibilità di termini sospensivi o risolutivi influiva la considerazione dell' indole dell' atto almeno quanto quella dell' indole del diritto da costituirsi con esso.

§ 15. – **Il computo del tempo.**

Si distingue nel diritto il tempo in « immobile » e « mobile. » Si ha il primo, quando è indicato un tempo, sia esso una data, o un periodo, segnato come anno, frazioni o momenti di un anno nel calendario; ad es. l'ora tale del giorno tale, il tal giorno, il tal mese, la se-

conda settimana del tal mese, ecc. Per questo caso non v'ha avvertenze da fare. Si ha il secondo, quando è indicato un periodo di tempo decorrente da un avvenimento; ad es. dopo sette anni dalla nascita. Il computo del tempo in questo caso è sottoposto a date regole, che passiamo ad esporre.

Va distinto anzi tutto il computo « naturale » del tempo dal computo « civile. » Il computo naturale si segue quando, per contare un periodo di tempo, si parte dal momento in cui è avvenuto il fatto indicato come punto di partenza del periodo, e si va fino al momento in cui il periodo è chiuso. Perciò codesta maniera di computo si dice anche *a momento ad momentum* oppure *ad momenta temporum*. Si computa ad es. naturalmente il periodo di 30 giorni da un fatto avvenuto al mezzogiorno d'oggi, se si ritiene chiuso il periodo al mezzogiorno del trentesimo giorno successivo. Il modo comune di computo è il computo civile (*ad dies*).[1] Secondo questo computo nel diritto romano il periodo di tempo si fa decorrere dalla mezzanotte che separa il giorno, cui appartiene il momento preso come punto di partenza, dal giorno precedente[2] (tenendo conto che i giorni si computano e si computavano anche in Roma da una mezzanotte all'altra) e si procede computando sempre i giorni interi, così che il periodo di tempo si chiude sempre a mezzanotte. Posto quindi ad es. che io abbia promesso alle 12 del 1° gennaio di pagare fra 10 giorni 100, la mia promessa vale per data alla mezzanotte dal 31 dicembre al 1° gennaio; quindi tutto il 1° gennaio conterà per primo giorno del periodo; e il tempo sarà trascorso alla mezzanotte dal 10 all'11, laddove seguendo il computo naturale non sarebbe trascorso che alle 12 dell'11 gennaio.

---

[1] Il computo naturale nel diritto romano non è prescritto che circa la minorennità, per non diminuire al minorenne il beneficio della *in integrum restitutio propter minorem aetatem*, e forse in diritto giustinianeo circa il termine per appellare.

[2] Computando l'inizio del periodo di tempo a questo modo, è espressa implicitamente la regola seguita dai Romani e che gli interpreti esprimono dicendo: *dies a quo computatur in termino*.

Il diritto romano applicava eccezionalmente il principio: *dies ultimus coeptus pro completo habetur,* tutte le volte che il periodo di tempo veniva in questione per l'acquisto di una capacità o di un diritto (ad es. per poter fare testamento), laddove invece, tutte le volte che allo scorrere del tempo è connessa la perdita di un diritto, l'ultimo giorno del periodo di tempo dovea essere tutto trascorso.[1] Di qui un'antica questione, se la massima sia applicabile o no, dove l'acquisto del diritto da parte di alcuno importa perdita del diritto da parte di altri (è ad es. il caso dell'usucapione).

Il tempo si computa « continuamente » (*tempus continuum*) quando tutti i giorni che passano a partire dal momento iniziale, consumano il periodo di tempo. Il tempo si computa « utilmente » (*tempus utile*) quando consumano il periodo di tempo solo quei giorni in cui la parte a cui danno scorre il tempo fu in condizione di giovarsene, e non quelli in cui si trovò impedita. Il computo utile del tempo costituisce l'eccezione.[2]

---

[1] Così ad es. chi è nato il 1° gennaio diviene capace di far testamento alla mezzanotte dal 30 al 31 dicembre del 14° anno successivo; chi invece gode per un anno di un'azione che acquistò il 1° di gennaio non la perde che alla mezzanotte dal 31 dicembre al 1° gennaio successivo.

[2] A complemento di quanto è detto nel testo ricordiamo che a partire dalla riforma del calendario fatta da Giulio Cesare i Romani computavano agli effetti del diritto l'anno in 365 giorni; il mese sempre in 30 giorni; onde chi ad es. prometteva il 1° febbraio di pagare a un mese data non era tenuto a pagare il 1° marzo, ma dopo 30 giorni dal 1° febbraio. Negli anni bisestili si aggiungeva un giorno (*bissextum*) al mese di febbraio; ed era il 25, il quale per il computo dei termini legali formava un' unità col 24, laddove si contava come un giorno a sè per il computo dei termini convenzionali.

Libro Secondo.

DIRITTO DELLE PERSONE.

Capo I.

DELLE PERSONE IN GENERALE.

§ 16. — Terminologie e distinzioni fondamentali; partizione sistematica della trattazione.

Base della trattazione del diritto delle persone sono consuetamente le seguenti definizioni e distinzioni:

« Persona » è un ente capace di diritti. La persona può essere « fisica » o « giuridica. » Sono persone fisiche attualmente tutti gli uomini; nel diritto romano tutti gli uomini, eccettuati gli schiavi. Sono persone giuridiche tutti gli enti diversi dall'uomo capaci di diritti. Dalla capacità di avere diritti, che dicesi capacità giuridica, va distinta la capacità di agire, cioè di compiere atti giuridici. Le due capacità possono riunirsi in una stessa persona, ed è il caso normale. Ma può anche avvenire che una persona sia capace di avere diritti e non di agire (tale l'infante che può ad es. essere creditore, ma non può rendersi con atto proprio creditore) e al contrario essere capace di agire e incapace di avere diritti (tale lo schiavo che non può avere diritti, ma può acquistarne con atto proprio al suo padrone). La situazione giuridica delle persone varia a seconda della maggiore, minore o nulla capacità loro di avere diritti o di agire. Questa varia capacità dipende da certi fatti. La teoria del diritto delle persone si scinde quindi nelle teorie relative a questi fatti, cui i trattatisti passano ad esporre.

Questo schema del diritto delle persone è di origine e carattere non romani, e perciò crediamo opportuno di non seguirlo, per attenerci invece alle categorie appartenenti secondo la scienza e la legislazione romana all'*ius quod ad personas pertinet.*

Presso i giuristi romani *persona* è semplicemente sinonimo di « uomo » ed è quindi termine che designa sia gli uomini ai quali riconoscono diritti, sia quelli ai quali non ne riconoscono, ossia gli schiavi.[1] Di scrittori che all'età della giurisprudenza classica diano il nome di *persona* ad enti capaci di diritti diversi dall'uomo non ci sono noti che i gromatici, i quali parlano di *persona coloniae — persona publica.*[2] Ma pur questi, se danno il nome di *persona* ad un ente collettivo, glielo danno per un processo di umanizzazione dell'ente stesso, per raffigurarselo cioè come un uomo e non anche in considerazione della sua capacità di avere diritti. Il germe del concetto odierno di persona, ma non più che il germe, si trova nelle fonti postclassiche, nelle quali il termine *persona* è usato ad indicare la capacità di un dato diritto,[3] o una capacità generale, in cui sembrano confuse sia la capacità di aver diritti che di agire, e che si potrebbe chiamare: personalità innanzi al diritto.[4] Il termine non indica adunque ancora l'uomo (non d'altri si parla

---

[1] Basta citare in prova Gaio 1, 9; 49; 52; l. 12, D. 18, 1; l. 215, D. 50, 16; l. 22, pr. D. 50, 17. Non è argomento in contrario l. 22, D. 46, 1, perchè originariamente anzi che *personae vice fungitur* vi stava scritto *personae defuncti vice fungitur*. V. Ferrini, *Pand.*, pag. 96, n. 1; e anche nel diritto giustinianeo la prima frase significa « si diporta come un uomo, » come appare dal confronto con l. 25, D. 50, 1, e l. 9, pr. D. 2, 14, nella quale sono interpolate le parole: *nam nec is qui plures actiones habet.... plurium personarum loco accipitur.* Ugualmente non osta l. 9, § 1, D. 4, 2; *et ideo sive singularis sit persona, quae metum intulit vel populus vel curia vel collegium vel corpus,* perchè vi è opposto l'uomo singolo a una pluralità di uomini; non a un ente collettivo considerato e chiamato anch' esso *persona*.

[2] Citazioni in Ferrini, *Pand.*, pag. 96, n. 1.

[3] Precisamente: la capacità di stare in giudizio Nov. Theod. XVII, 1, § 2. Cassiod., *Var.*, VI, 8, rubrica Cod. Giust. 3, 6.

[4] Teofilo, 3, 17, οἱ οἰκέται ἀπρόσωποι ὄντες ἐκ τῶν προσώπων τῶν οἰκείων δεσποτῶν χαρακτηρίζονται.

nei testi relativi) capace di diritti; ma una capacità. Siccome la frase *personam habere*, nel senso di avere capacità giuridica, non può essere nata che dallo stesso processo mentale, per cui dal chiamare un insieme di persone col nome di *corpus*[1] si passò a dire di esse che *habent corpus*,[2] così possiamo concludere che presso i Bizantini *persona* assunse a lato al significato generico antico d'« uomo, » quello di « uomo capace di diritti. » Ma, come appare, siamo ancora lontani dal significato odierno del termine, che abbraccia anche le persone giuridiche. Per queste pur nelle fonti bizantine non v'ha un nome comune. Queste deviazioni del significato di *persona* da quello di uomo si possono trascurare. Nella frase *ius quod ad personas pertinet* degli antichi certo la parola sta nel suo senso più antico, più fermo e comune e noi in questo senso d'ora innanzi la useremo. Chiameremo bensì « persone giuridiche » gli altri enti che la dottrina indica con questo nome, il quale è dato loro da troppo tempo, perchè possiamo sperare di privarneli, per surrogarlo con un altro. Ma useremo la frase in un mero scopo terminologico, e non coll'idea di raccogliere uomini e persone giuridiche sotto lo stesso concetto di persona.

Una condizione e quindi anche quella delle persone è indicata dagli antichi col termine *status*. Rispetto allo *status hominum* essi faceano molte distinzioni, tra cui la massima che abbracciava tutti gli uomini formanti la popolazione dello Stato romano,[3] era quella in « liberi » e « servi. » Ne tratteremo lungamente più innanzi. Ai cittadini troviamo attribuiti tre *status*[4] dei quali dobbiamo tener parola sin d'ora.

---

[1] Es. *corpus fabrorum, pistorum* ecc.

[2] L. 1, pr. D. 3, 4.

[3] Gli *omnes homines* che sono liberi o servi, secondo ad es. GAIO 1, 9, non sono, come in genere s'intende, l'umanità, ma la popolazione dello Stato romano. Il servo fa parte di essa, perchè la servitù crea un legame di appartenenza passiva allo Stato. Non diversamente il servo è estraneo in senso attivo alla *familia*, ma vi appartiene in senso passivo e si chiama perciò *familiaris*.

[4] L. 11, D. 4, 5.

Nel mondo antico l'individuo trae naturalmente tutti i suoi diritti e doveri dall'appartenere attivamente ad un gruppo politico, cioè dall'esserne membro. Ad altri estranei al gruppo diritti e doveri non spettano che per determinazione del gruppo stesso. Ora siccome nell'età precivica l'individuo non potea essere membro che di un gruppo politico, il gentilizio, così s'intende perchè gli antichi designino col nome di *status*, per antonomasia, lo *status familiae*[1] che in quella età significava l'appartenenza attiva alla *gens*, il solo gruppo che portasse in origine appunto il nome di *familia*. Questo *status* non si attribuiva quindi al cliente, perchè estraneo alla gente, benchè ne dipendesse, e non si attribuiva, nè si attribuì mai, neppure nel nuovo senso di *familia* che considereremo or ora, allo schiavo, il quale alla famiglia non appartenne mai che passivamente.

La costituzione della *civitas*[2] per via di federazione delle *gentes* importò che sorgesse un altro *status* analogo al precedente ossia lo *status civitatis*. E per alcun tempo, essendo cittadini i soli gentili, ogni cittadino godea di due *status*; cioè dello *status civitatis* e dello *status familiae*. Ma quando i clienti e i plebei furono ammessi alla cittadinanza, allora il nesso necessario fra l'appartenenza attiva alla città e l'appartenenza attiva a una gente venne meno, per il solo fatto che clienti e plebei genti non ne aveano. Codeste classi di cittadini aveano solo i sottogruppi delle genti, ossia le *familiae* così dette *proprio iure* e quei complessi, anzi che gruppi, detti *familiae communi iure*. Non si cessò per questo di attribuire uno *status familiae* a tutti i cittadini. Ciò si ottenne anzitutto col riferirlo ora per tutti gentili e non gentili alla *familia proprio iure* che era ad essi comune, il

---

[1] Gaio 1, 162, *minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur.* Ulp. 11, 13. *Minima capitis deminutio est, per quam, et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur.* Cfr. Paul. 1, 7, 2; 3, 6, 29.

[2] Trascuro la costituzione delle tribù nazionali romulee, come quelle che costituiscono un fatto transitorio; nella *civitas* sono, come si disse, scomparse.

che avvenne tanto più facilmente in quanto la famiglia gentilizia andava perdendo d'importanza e di coesione; e in secondo luogo con un altro mezzo. Nel nuovo senso di *status familiae* era possibile ciò che nell'antico era impossibile, ossia che certi cittadini ne mancassero. Infatti la donna cittadina *sui iuris* non appartiene a una *familia proprio iure*, perchè non è capo di una simile famiglia e non è figlia, cioè suddita, in essa. Per attribuire ora uno *status familiae* anche alla donna *sui iuris*, la giurisprudenza la parificò rispetto a codesto stato ad un *pater familias*, affermando che era, come questi, un *princeps familiae*, benchè la sua famiglia cominci e finisca con essa. Così l'antico principio era artificiosamente mantenuto.

Finalmente i giuristi attribuiscono al cittadino lo *status libertatis*. L'accostamento di questo agli altri due *status* fu fatto evidentemente per uso della teoria delle *capitis deminutiones*. In sè esso ha natura diversa dai precedenti, che a loro volta non sono in tutto uniformi tra loro. Ha contenuto positivo, in quanto indica l'appartenenza attiva ad un gruppo e spontaneo sempre lo *status civitatis*; ha lo stesso contenuto positivo ma per la donna *sui iuris* artificioso lo *status familiae*; ha contenuto diverso e negativo lo *status libertatis*, in quanto non esprime l'appartenenza ad un gruppo e rinnega soltanto la condizione servile.

Mentre *status* in origine significa la qualità di essere membro di una famiglia, un'altra parola indicava pure in origine la qualità di essere membro di una «data» famiglia. Questa parola è *caput*. Tutte le collettività si contano per capi ora e così si contavano per capi in Roma. Come si dice e si diceva che un gregge conta il tal numero di capi, così non altrimenti si dice e si diceva che una data famiglia conta tanti capi. Un membro di una data famiglia era quindi un *caput* di essa; vi contava per una testa. Ora come noi vedemmo che dal dirsi di un uomo che è una persona, si passò a dire che *habet personam*, come dal dirsi che una collettività è un *corpus*, si passò a dire che *habet corpus*, così dal dirsi che uno era un *caput* si passò a dire che *habet caput*. Il discorso, anzi che esprimere la relazione della persona colla famiglia, esprimeva ora

come un possesso della persona in ordine alla famiglia. Quando la famiglia perdeva uno dei suoi capi, perchè ne usciva volontario o involontario, e non per quell'evento della morte, che non separa moralmente e religiosamente il defunto dalla famiglia, nella quale continua a vivere come antenato, si dovea dire di essa che era *capite deminuta,* ossia privata di un capo. Questa frase ora, che stava bene detta della famiglia, la si applicò tale e quale all'individuo che usciva da essa, riferendola all'*habere caput* prima menzionato; lo si disse infatti *capite minutus,* ossia privato del capo e si chiamò *deminutio capitis* l'avvenimento della privazione.

Sorta la città, i membri delle famiglie gentilizie prima, poscia delle *familiae proprio iure* contarono per un *caput* nella città. Ognuno di essi ebbe quindi un nuovo *caput* come cittadino; e si ebbe così una *capitis deminutio* anche allorchè il cittadino perdeva la cittadinanza e con essa per conseguenza la famiglia. Che però questo senso di *caput* e di *capitis deminutio* sia storicamente non originario, risulta anche qui dal fatto che *capite minutus* si dice antonomasticamente di colui, che ha perduto la sua famiglia.

Il libero non conta in quanto libero come *caput* in nessun gruppo. Ma rappresentandosi la giurisprudenza allo stesso modo, di cui diremo or ora, gli effetti della perdita della libertà e quelli delle *capitis deminutiones* menzionate, essa credette di accostare, come si accennò, lo *status libertatis* del cittadino agli altri due, attribuendogli per tal modo un *caput* anche come libero, per poter dire quindi che il cittadino che perdeva lo *status libertatis* e con esso città e famiglia subiva anch'egli una *capitis deminutio.*

Si ebbero così *tre capitis deminutiones* che già i Romani distinguevano coi nomi di: *minima* (perdita della famiglia propria), *media* o *minor*[1] (perdita della città), *maxima* (perdita della libertà).

---

[1] Questa *capitis deminutio* si trova qualificata anche come *maior* in relazione alla *minima,* mentre *minor* è detta consuetamente in relazione alla *maxima.*

L'originario unico significato e importanza della *capitis deminutio* come uscita dalla famiglia spiega perchè i Romani riassumano il carattere e l'effetto generale di ogni *capitis deminutio* nella frase *capitis deminutio morti coaequatur*. Veramente il gentile nella vita precivica, quando le genti erano Stati autonomi, se usciva dalla famiglia gentilizia[1] era un morto per essa; in quanto non potea che divenire uno straniero. Mancava un gruppo superiore (la *civitas*) in cui continuasse a vivere, come avvenne dipoi, con la famiglia originaria unito ai suoi membri non più dai vincoli della famiglia, ma della cittadinanza. Questa sentenza si trova ripetuta per tutte e tre le *capitis deminutiones* persino nell'età bizantina, mentre il paragone colla morte non può più stare se non in senso diverso per ciascuna di esse: chi subisce la *minima* è come morto, solo nel senso che è morto alla sua *familia proprio iure* originaria, ma comincia una nuova vita in un'altra *familia* e continua l'antica rispetto alla città; chi subisce la *media* muore alla famiglia antica, senza entrare in una nuova e muore alla città; di fronte al diritto non può più vivere ancora che come straniero; chi subisce la *maxima* non soltanto muore per la famiglia e per la città, ma muore in un senso assoluto, in quanto per i Romani il servo è come un cadavere,[2] e il divenire di libero servo è quindi un morire.

Un'altra distinzione fra le persone fatta dai Romani e che viene dal tempo in cui la sudditanza al *paterfamilias* era uniforme per tutti i suoi dipendenti, è quella tra *personae sui iuris* e *alieni iuris*. Sono persone *alieni iuris* quelle nella *patria*, nella *dominica* o nella *quasi dominica potestas* (*in potestate, manu, mancipio*); sono persone *sui iuris* tutte le altre. L'enumerazione di tre diverse con-

---

[1] La *familia proprio iure* non veniva allora in considerazione, e quindi neppure l'uscirne un gentile, restando nella sua gente. Inversamente nelle età storiche, a cui si riferisce in seguito il nostro discorso, non conta in sè l'uscire dalla propria gente, ma solo in quanto ciò importava l'uscire dalla *familia proprio iure* originaria.

[2] L. 209, D. 50, 17, Ulp. *servitutem mortalitati* [*fere* interp.] *comparamus*; L. 59, § 2, D. 35, 1, Ulp. *servitus morti adsimulatur*.

dizioni che rendono *alieni iuris* dimostra che la partizione in discorso ha perduto, allontanandosi dal tempo accennato, la sua unità concettuale. Inoltre essa ha perduta l'antica base. Perchè laddove in origine opponeva il sovrano della famiglia al suddito suo libero o servo, ora oppone al suddito anche chi non è se non per una finzione sovrano. Può essere infatti *sui iuris* la donna, che non è capo di famiglia ed è *alieni iuris* il suo schiavo.

Abbiamo detto che i Romani non hanno quei concetti di capacità giuridica e di agire intorno ai quali i moderni ordinano la teoria delle persone, partendo mentalmente da una persona ipotetica pienamente capace nei due sensi e trattando esplicitamente soltanto delle condizioni che diminuiscono l'una o l'altra capacità o entrambe. Di questo metodo di descrivere gli stati personali, che consiste nel muovere col pensiero da una persona fornita di un massimo di potere ed esporre solo gli stati di minor potere, neppure gli antichi poteano fare a meno. Per essi codesta persona non fu però ipotetica, ma reale, ossia il *paterfamilias*. La teoria romana delle persone descrive gli stati privati diversi da questo o compatibili con questo, ma che diminuiscono il potere altrimenti ad esso inerente. I Romani trovarono così la persona tipica, da cui muovere, in quello stesso ordinamento famigliare, al quale si riferisce l'*ius quod ad personas pertinet*. E a questo tipo si riferirà anche il nostro discorso intorno alla teoria delle persone. Il quale resterà distribuito spontaneamente in quest'ordine: studieremo prima i servi, come le persone estranee alla città, ed estranee alla famiglia benchè suddite sue. In via di appendice a questa parte contempleremo la condizione di quasi servitù (*mancipium*) e certe restrizioni imposte per pratiche necessità alla libertà personale di un libero. Quindi ci occuperemo dei liberi nella famiglia. Della quale vedremo le tre forme menzionate: *gens, familia proprio iure, familia communi iure*. In via d'antitesi alla famiglia descriveremo il rapporto di cognazione. Considereremo in seguito i singoli rapporti che crea l'ordinamento famigliare muovendo dalla sua base: il matrimonio. Ver-

remo quindi a contemplare la situazione di cittadino e le altre che si connettono come a loro presupposto storico alla *civitas*. Da ultimo tratteremo di quelle figure che i moderni chiamano persone giuridiche e che nella scienza romana stanno fuori del quadro dell'*ius quod ad personas pertinet*.

§ 17. — La nascita e la morte degli uomini.

I Romani non poteano considerare e decidere la questione trattata dai moderni sulla soglia della teoria delle persone intorno ai requisiti che deve avere un parto, perchè si possa dire che è venuta a far parte della società umana una nuova persona fisica nel senso dianzi veduto. Impediva a loro di far ciò la mancanza del concetto di persona fisica e l'esistenza della schiavitù. Essi erano costretti a decidere soltanto le questioni pratiche, a cui davano origine le leggi, che congiungevano certi effetti giuridici ad ipotesi che chiameremo generalmente di nascita di un uomo. E la decisione dovea variare secondo il modo con cui era formulata l'ipotesi e secondo lo scopo della legge. Il nostro discorso sull'argomento, anzi che essere svolgimento di una teoria sulla nascita di una persona fisica, sul tipo in uso nei trattati di diritto giustinianeo o comune, riuscirà quindi un'esposizione di codeste varie decisioni.

Riteniamo anzitutto che le sentenze: *partus antequam edatur mulieris portio est vel viscerum* [1] — *partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur,* [2] non siano molto verosimilmente romane, ma bizantine. Si può ammettere però che in certi riguardi i Romani si siano inspirati al concetto che esse esprimono, pur non formulandolo espressamente. Così essi non punirono mai l'aborto procuratosi dalla madre o procuratole da altri come uccisione di un uomo, ma come lesione dei diritti del marito, che per tal fatto si vedeva privato della *spes prolis* o come

[1] L. 1, § 1, D. 25, 4. [2] L. 9, § 1, D. 35, 2.

lesione della donna.[1] Altri principii ancora corrispondono a codesta idea.[2] In certi altri riguardi invece considerarono il nascituro come un uomo distinto dalla madre e che si avvantaggia di certe condizioni di fatto esistenti mentre è ancora nel grembo materno. Così a un certo momento del diritto romano basta che la donna sia stata anche per brevissimo tempo libera durante la gravidanza, perchè il figlio nasca libero. Se la madre è fatta prigioniera mentre è incinta, il figlio nato presso i nemici è un cittadino che gode del diritto di postliminio. Il liberto è sottoposto al diritto di patronato, finchè può nascere un figlio del patrono. Giova accennare però anche ad una questione, rispetto alla quale si notano gravi divergenze fra i giuristi romani, ed è intorno al carattere di cosa furtiva del parto dell' ancella rubata mentre è incinta. Questa questione, di cui avremo ad occuparci più oltre, è la più atta a dimostrare che un criterio fermo, preciso per determinare il carattere d'uomo o meno del nascituro i Romani non lo ebbero, ma diedero decisioni varie a seconda dei casi, inspirandosi a ragioni non di principio, ma di opportunità o di umanità, tra cui certo fu precipua quella di avvantaggiare nei limiti del possibile la sua condizione. Da codesta precipua ragione derivano in particolare le riserve fatte a favore del nascituro delle eredità devolutegli per il caso di sua nascita.[3] Va da sè che in questo caso, se la speranza di prole non si verifica, tutto si ha come se lo stato di pendenza non fosse mai esistito.

---

[1] PERNICE, *Labeo*, I, pag. 196 e segg.

[2] Tali son quelli che il consanguineo nascituro è parificato al *captivus;* che non viene conferito al nascituro, perchè non si trova nella patria potestà, e che il nascituro non è un pupillo; onde non può avere un tutore, ma soltanto un curatore. V. i testi relativi citati in PERNICE, op. cit., pag. 196.

[3] È poco a fidarsi della genuinità della sentenza contenuta in l. 26, D. 1, 5: *Qui in utero sunt, in toto paene iure civili intelleguntur in rerum natura esse nam et legitimae hereditates*, ecc. Il pensiero che il nascituro è *in rerum natura* val poco per non dir nulla. È sospetto il termine *paene* che ricorda il *fere* tanto caro ai Bizantini; e il *nam* starebbe a servir qui come tante altre volte di uncino per attaccare il testo genuino giulianeo alla sentenza precedente bizantina.

Venendo a contemplare l'ipotesi di nascita, i Romani ebbero ad occuparsene in relazione alla legge *Julia* e *Papia Poppaea,* che infliggeva pene a chi non procreava figli e accordava premi a chi li procreava; al SC. Tertulliano che accordava in date ipotesi l'eredità dei figli alla madre che godea dell' *ius liberorum,* che avea cioè partorito tre o quattro volte secondo che era ingenua o libertina, e in relazione particolarmente al principio che la nascita di un figlio postumo (*postumi agnitio*) rompe il testamento. Troviamo in proposito queste sentenze.

Il nato morto non conta mai per figlio.[1] Giova agli effetti della legge *Julia* e *Papia Poppaea* l'aver la madre partorito un figlio privo dei caratteri distintivi della razza umana[2] e non giova agli effetti del Tertulliano,[3] nè un parto mostruoso rompe il testamento.[4] Non si ha però un mostro, qualora si verifichi soltanto un caso teratologico che non toglie al parto il carattere d'uomo.[5] Agli effetti del Tertulliano non giova un parto artificiale (*abactus venter*) perchè la donna non può dire di aver partorito;[6] mentre invece un parto simile basta

---

[1] L. 129, D. 50, 16, Paul., *ad leg. Iul. et Pap. qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur, quia numquam liberi appellari potuerunt.* — L. 3, C. 6, 29, relativa alla *postumi agnitio: si vivus.... natus est.... si vivus... ad orbem processit.*

[2] L. 135, D. 50, 16, *ad Leg. Iul. et Pap. quaeret aliquis, si portentosum vel monstruosum vel debilem mulier ediderit vel qualem visu vel vagitu novum, non humanae figurae, sed alterius, magis animalis quam hominis, partum, an, quia enixa est, prodesse ei debeat? et magis est, ut haec quoque parentibus prosint.*

[3] Paul. 4, 9, § 3. *Mulier si monstruosum aliquid aut prodigiosum enixa sit, nihil proficit: non sunt enim liberi, qui contra formam humani generis converso more procreantur.* — Sul carattere religioso primitivo di questa norma v. Pernice, *Labeo,* I, pag. 204.

[4] L. 3, C. 6, 29... *ad nullum declinans monstrum vel prodigium.*

[5] L. 14, D. 1, 5, *partus.... qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus et ideo inter liberos connumerabitur.* La sentenza è presa con lieve alterazione da *Paul. Sent.* 4, 9, § 4, *ad senatusc. Tertull.*

[6] Paul. 4, 9, § 6. Che la decisione di Paolo dipenda solo dall'esigenza che della donna si possa dire che « partorì » risulta da tutto il contesto del titolo IX e in particolare dal § 2 di esso: *quae*

a rompere il testamento.[1] Quanto alla maturità del parto, Ulpiano ammette che un feto immaturo, purchè venuto alla luce vivo, rompa il testamento.[2] Ma sono di diverso parere circa a questo effetto gli imperatori Diocleziano e Massimiano in una costituzione riprodotta nel codice giustinianeo[3] ed era di diverso parere Paolo rispetto al Tertulliano; egli vuole che i figli siano partoriti vivi e *pleni temporis*,[4] e il tempo non è pieno che se la gestazione ha durato sei mesi interi.[5] Un requisito che troviamo affermato solo rispetto alla *postumi agnitio*, ma che non troviamo d'altra parte neppur negato agli altri effetti veduti, è quello che il feto sia interamente separato dal grembo materno.[6]

L'esigenza della vita del neonato perchè rompa il testamento diede luogo ad una questione tra sabiniani e proculiani intorno al modo col quale il neonato dovea manifestare la vita, volendo questi che gridasse, accontentandosi quelli di un segno qualsiasi di vitalità. La questione fu decisa da Giustiniano in favore dei sabiniani e della logica.[7]

Alcune delle sentenze da noi usate a porre in rilievo la mancanza di una ferma teoria circa la nascita di un uomo presso i Romani sono estranee alla compilazione giustinianea. Ma anche attenendoci a questa sola, la teoria accennata non si può stabilire. Perchè se ne risultano i

---

semel uno partu tres filios edidit, ius liberorum non consequitur: non enim ter peperisse sed semel partum fudisse videtur; nisi forte per intervalla pariat.

[1] L. 12, pr. D. 28, 2.

[2] Ibid., § 1, *quid tamen si non integrum animal editum sit, cum spiritu tamen, an adhuc testamentum rumpat? et tamen rumpit.* L' *integer* va inteso per non perfetto.

[3] L. 2, C. 6, 29, *uxoris abortu testamentum non solvi, postumo vero praeterito, quamvis natus ilico decesserit, non restitui ruptum iuris evidentissimi est.* Qui l'antitesi è posta tra l'aborto e il postumo, cioè tra un parto immaturo e uno maturo. Intendere nella legge *abortus* per aborto nato morto mi sembra impossibile. Questo è però un punto controverso.

[4] 4, 9, 1.

[5] 4, 9, § 5.

[6] L. 3, C. 6, 29, *si.... perfecte natus est.... si.... ad orbem totus processit.*

[7] L. 3, C. 6, 29.

requisiti che il feto sia nato (nè importa se naturalmente o artificialmente), che sia nato vivo e interamente, rimangono in essa le contraddizioni intorno alla maturità del parto e alla sua forma umana.[1]

Intorno alla morte degli uomini il diritto romano classico non presenta particolari disposizioni. Deriva solo dai principii generali la massima che, come chi pretende derivare dei diritti dalla vita di una persona, deve provarne la vita, così chi pretende derivare dei diritti dalla morte di una persona deve provarne la morte. Vigendo nei giudizi romani il sistema di libera prova, non troviamo nelle nostre fonti nulla di simile all'istituto odierno dell'assenza. Il giudice deliberava semplicemente secondo la sua convinzione che l'assente fosse ancora vivo o forse morto, trattandolo nell'un caso per vivo e nell'altro per morto. Il diritto classico per lo stesso motivo non introdusse presunzioni di premorienza di una persona ad un'altra, dato che fossero entrambe perite nella stessa circostanza, nè si potesse provare quale era perita prima. Esso stabiliva invece che, risultando la contemporaneità della morte di due persone, di cui l'una trarrebbe diritti dalla morte dell'altra, questi diritti non sono acquistati.[2] E dove non risultasse, il giudice regolava il caso secondo che gli paresse verisimile che fosse prèmorta l'una o l'altra. Giustiniano modificò questo stato di cose, introducendo per via di interpolazioni delle presunzioni circa alla premorienza di persone perite insieme nello stesso pericolo. Egli ordinò che, perendo insieme genitori e loro figli impuberi, valgono per sopravvissuti i genitori; se invece i figli sono

---

[1] Le antinomie sono fra l. 12, § 1, D. 28, 2; l. 2, C. 6, 29; l. 135, D. 50, 16; l. 3, C. 6, 29. — Ho trascurato nella trattazione dell'argomento l. 12, D. 1, 5, perchè si riferisce solo alla questione della legittimità del figlio. Non ha valore per noi che in relazione alla sentenza di Paolo, 4, 9, § 1, cit., in quanto prova la tendenza di questo a non veder un figlio che nel parto maturo.

[2] L. 16, l. 17, l. 18, D. 34, 5. Si avverta che in quest'ultima legge è interpolata la proposizione: *in quibus casibus.... supervixisse,* che il Ferrini, *Pand.,* pag. 86, tratta ancora per genuina. A parte la forma, è evidente che l'ipotesi *si pariter decesserint* racchiude l'altra superflua *nec appareat quis ante spiritum emisit.*

puberi, valgono per sopravvissuti questi. Solo nel caso, in cui, mancando il figlio, la successione spetterebbe al patrono, si ritiene premorto il figlio.[1]

CAPO II.

I SERVI.

§ 18. — Concetto della servitù, sua ragione storica.

La servitù è uno stato personale e perciò non è definibile perfettamente, movendo dalle norme giuridiche intorno ad essa.[2] È erroneo definirla con un giurista antico come la condizione dell'uomo che è in proprietà di un altro.[3] Vi sono infatti *servi sine domino*.[4] Ed è erroneo anche dire che servo è l'uomo privo di diritti,[5] poichè così si dà per concetto della servitù quel che non è se non una conseguenza del concetto; inoltre privi di diritti erano per Roma anche gli stranieri non amici, nè perciò si confondeano coi servi.

Servi sono veramente gli uomini il destino dei quali secondo il diritto è di servire alla vita degli altri uomini detti per antitesi liberi.

Avendo così il servo lo stesso destino delle cose, la situazione giuridica sua naturale, se lo Stato non inter-

---

[1] Sulle interpolazioni dei testi che contengono queste regole vedi FERRINI, *Pand.*, pag. 87, n. 2, pag. 88, n. 1. Indico qui come interpolazioni relative a questa materia: *si non probatur illa superstes viro fuisse*, in l. 9, § 3, D. 34, 5; *si non ostenderit quis novissimus obisset* in l. 35, D. 36, 1.

[2] Cfr. IELLINECK, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pag. 112.

[3] L. 4, § 1, D. 1, 5, *servitus est constitutio iuris gentium qua quis dominio alieno* [*contra naturam* interp.] *subicitur*.

[4] *Servi sine domino* erano secondo il diritto civile i servi derelitti, i servi appartenenti ad una eredità giacente; quelli in usufrutto manomessi solennemente dal loro proprietario. V. anche il caso contemplato in l. 23, pr. D. 40, 12.

[5] L. 3, § 1, D. 4, 5. Paul. *servile caput nullum ius habet.*, cfr. l. 32, D. 50, 17; l. 20, § 7, D. 28, 1; l. 7, D. 48, 10; l. 1, pr. D. 28, 8.

venga a modificarla, è di essere possibile oggetto e non subbietto di diritti. I giuristi romani affermano quindi ripetutamente che i servi non hanno diritti,[1] onde parificano, come già si disse, la servitù alla morte.[2] In linea di diritto pubblico questa loro situazione si può esprimere dicendo che sono degli ἀπόλιδες lasciati da Roma nella condizione di privazione di qualunque diritto che l'apolidismo di per sè importa.

Il servo, essendo un uomo, è chiamato *persona,* e l'insieme delle norme che lo riguardano è esposto dagli antichi nell'*ius quod ad personas pertinet.* Ma in quanto è destinato a servire alla vita dei liberi, entra nell'idea di cosa.[3] Per questo sotto il nome di *homo* lo troviamo inscritto nella categoria delle cose corporali[4] e messo sotto questo nome o quello di *servus* assieme alle altre *res.*[5]

Tutto il diritto della servitù è dominato da questi due concetti: la natura umana del servo, che lo parifica ai liberi; la sua destinazione, che lo parifica alle cose. Quindi il diritto dei servi è un diritto speciale, nelle disposizioni del quale ora è presente la considerazione della natura del servo, ora quella della sua destinazione ed ora le due considerazioni si fondono insieme, dando origine a poteri e situazioni giuridiche, in cui è impossibile scindere l'elemento personale e l'elemento reale.

Non è il servire, che forma la servitù, ma la destinazione a servire. I servi *sine domino* sono servi, benchè non essendo in proprietà di alcuno, non servano ad alcuno; e tanto più sono servi i manomessi non civilmente, benchè siano dispensati dal servire. I figli di famiglia invece, benchè in condizione molto simile a quella dei servi, non sono servi, perchè non destinati a servire.

---

[1] V. la nota precedente.

[2] V. la l. 209, D. 50, 17; e la l. 59, § 2, D. 35, 1, che abbiamo citate alla pag. 132, n. 2.

[3] Aristotele lo qualificava per κτῆμα ἔμψυχον; Varrone per la parte vocale (*genus vocale*) dell'inventario domestico a lato alla semivocale (es. *buoi*) e alla muta (es. *plaustra*).

[4] Gaio, 2, 13, *corporales [res] hae sunt quae tangi possunt, velut fundus, homo, vestis, aurum, argentum et denique aliae innumerabiles.*

[5] Ulp., XIX, 1. *Mancipi res sunt.... servi et quadrupedes.*

La destinazione propria del servo fa sì ch'egli non abbia individualità propria e sia individuato soltanto dalla sua appartenenza ad un dato proprietario. In epoca antica, nello scarso numero degli schiavi, era uso quindi di nominarli solo dal nome del padrone (es. *Marcipor*, servo di Marco); e anche quando, aumentato il loro numero, ebbero un nome proprio, vi si aggiunse quello del padrone (es. *Hermodorus Tullii Marci servus*).[1]

La servitù è distinta dai Romani in *servitus iusta* ed *iniusta*. *Iusta servitus* è detta quella del servo di un cittadino romano, perchè conforme al diritto civile. *Iniusta servitus* quella del servo di un peregrino, perchè non conforme al diritto civile, ma all'*ius* dello Stato straniero a cui appartiene il peregrino.[2]

I giurisperiti romani considerano come la più antica fonte della servitù la guerra. Il diritto delle genti permetteva di uccidere i nemici vinti. Era pietà salvare loro la vita e venderli.[3] Non dobbiamo vedere in queste affermazioni il frutto di un ricordo degli antichi del primo caso di servitù, ma bensì la formulazione di un fatto che si svolgeva sotto i loro occhi e che considerarono genetico dell'istituto, ossia la riduzione in servitù da parte di tutti gli Stati dei nemici presi in guerra, e la vendita loro *sub hasta* a privati. Che questa del resto sia stata la prima e più importante fonte di servitù si può dir certo. La seconda fu la nascita da madre schiava; il principio che è schiavo chi nasce da schiava è antichissimo e serviva a mantenere la classe servile nata dalla guerra.

Si connette al problema storico della fonte originaria della servitù l'altro più importante delle cause, per le quali una simile istituzione sorse e visse per tanti secoli,

---

[1] Citazioni in GIRARD, *Manuel*, pag. 93.

[2] V'ha casi in cui lo Stato romano permette o vuole la servitù presso stranieri di un suo cittadino (§ 23). Codesta servitù non è per questo *iusta* (contro FERRINI, *Pand.*, pag. 63, n. 2); vero è solo che in codesti casi non è ammesso l'*ius postliminii*.

[3] L. 4, § 2, D. 1, 5, *servi ex eo appellati, quod imperatores captivos vendere ac per hoc servare nec occidere solent*. L'etimologia qui espressa non ha valore.

resistendo a tutte le affermazioni della filosofia antica e del cristianesimo sull'uguaglianza naturale di tutti gli uomini.[1] A nostro avviso codeste cause anche presso i Romani si riducono a quell'una che fece e fa sorgere e mantenere, finchè la causa stessa esiste, la servitù presso qualsiasi popolo: cioè l'insufficienza del lavoro libero, insufficienza determinata in Roma principalmente dalla scarsità della popolazione rispetto al suolo, dalle guerre che, come avvenne per secoli, impedivano alla gioventù libera lavoratrice per buona parte dell'anno di dedicarsi ai lavori pacifici, e dal formare il popolo romano una comunità politico-religiosa chiusa, ripulsiva d'immigrazioni per tutta la sua struttura e in particolare per il diniego di protezione agli stranieri non amici.[2]

Introdottasi ed estesasi la servitù, concorse a conservarla il dispregio in cui cadde tutto il lavoro, il più spesso manuale, consuetamente lasciato ai servi, che, appunto per essere proprio dei servi, parve indegno di liberi. Questa indegnità è ciò che costituisce per gli antichi la ragione e la necessità della servitù. Necessità così fortemente sentita, che per quanto il lavoro libero abbia finito col soffrire per la concorrenza del lavoro servile, non si ha mai nella società romana un movimento legislativo diretto alla diminuzione del numero dei servi. La legislazione invece, finchè non si giunge agli ultimi tempi del diritto romano, badò a impedire che troppi servi divenissero liberi.

Data questa storica funzione della servitù, essa non poteva cessare che allora quando la società romana potè avere il lavoro, di cui abbisognava, senza la servitù. Divenuta Roma un immenso impero, la pace del quale fa-

---

[1] Questo concetto influì però sul miglioramento della condizione dei servi. V. Boissier, *La religion romaine d'Auguste aux Antonins*, Paris, 1874, II, pag. 202.

[2] La condizione di Roma era quella di molti popoli mediterranei; di qui il carattere *iuris gentium* della servitù. — Non ha alcun valore storico, nè speculativo la spiegazione delle origini e della funzione della servitù data dal Loria, *Problemi sociali contemporanei*, pag. 106.

voriva l'aumento di popolazione, resa la guerra oramai ufficio di una classe di cittadini, chiusa presso che la fonte più antica e importante di schiavitù, perchè le guerre combattute ai confini non erano feconde di prigionieri utilizzabili se non insediandoli sui terreni deserti ai confini, la classe servile si mantenne essenzialmente per via di nascite soltanto, e le frequentissime manumissioni producevano in essa larghi vuoti che non occorreva riempire. Il lavoro libero era infatti sempre più sufficiente ai bisogni sociali. Così la servitù andò a grado a grado restringendosi. Il contributo essenziale del cristianesimo a questa progressiva restrizione consistette propriamente nel nobilitare ogni forma di lavoro. Ma una simile idea non potea produrre i suoi effetti che in lungo andare di secoli.[1]

§ 19. — Condizione giuridica dei servi.

I servi godono della protezione delle divinità tutelari della famiglia a cui appartengono; partecipano ai *sacra popularia*, sacrificando ai *lares compitales*, e ai *sacra familiaria*, sacrificando ai *lares familiares;* si riconosce l'esistenza di *manes serviles* e quindi a partire, come pare, da Aristone[2] è *locus religiosus* il luogo di loro sepoltura. Il padrone è tenuto a seppellire il servo e, se altri lo

---

[1] Quanto dicemmo dimostra che la servitù, date certe condizioni, sorge per necessità di cose e non per volere di uomini. Se essa sia un bene od un male, non si può dire se non considerandola in relazione a un dato momento storico. I suoi lati di luce sono l'assicurare ai servi l'esistenza, l'essere mezzo disciplinato di produzione economica, e l'elevazione intellettuale che produce dei servi stessi quando questi, come accade il più spesso, appartengono a popoli in condizioni di civiltà inferiori a quelle del popolo tra cui sono trasportati per vivervi in servitù. I suoi lati d'ombra sono: abitudini di brutalità nei liberi, distoglimento di questi dai lavori servili, corruzione del carattere dei servi, disoccupazione dei lavoratori liberi che cadono in condizioni di mendicità. Sono mali sufficienti a guastare tutta la vita sociale. In Roma si manifestarono verso la fine della repubblica e i primi tempi dell'impero. Poscia in tutti questi rispetti si verificò un miglioramento.

[2] L. 2, pr. D. 11, 7.

seppellisce in sua vece, questi può sperimentare contro di lui l'*actio funeraria*. Lo schiavo, col permesso del padrone, potea anche essere socio di un *collegium tenuiorum*. I *vota* fatti dai servi coll'*auctoritas* del padrone sono validi.

Nei riguardi famigliari i servi sono incapaci di matrimonio. La piena e perpetua unione di vita tra uomo e donna schiavi o l'uno schiavo e l'altro libero che in linea di fatto corrispondeva al matrimonio (perciò si parlava impropriamente di schiavi *coniuges*, di schiavi *maritus, uxor*) prendeva quindi il nome tecnico non di matrimonio, ma di *contubernium*. Questo era specialmente frequente tra schiavi dello stesso padrone e avveniva normalmente col consenso suo. Usava, nell'impero, festeggiarne l'inizio con cerimonie nuziali. Una volta stretto, durava, alla pari del matrimonio, anche nella separazione di vita che fosse poi imposta ai coniugi, separazione che il costume e la giurisprudenza [1] cercavano però d'impedire e che Costantino senz'altro vietò. L'incapacità al matrimonio importava che tra servi o tra servi e liberi non potesse esistere neppure parentela civile. La stessa parentela di sangue tra codeste persone non aveva ricognizione giuridica alcuna, nè durante la servitù, nè dopo conseguita la libertà, e neppure nel caso che alcuno da libero divenisse servo e ritornasse poi in condizione di libertà. Eccezionalmente la *servilis cognatio* costituì ab antico un impedimento matrimoniale e fu base con Giustiniano di un rapporto di successione ereditaria.

Non vivendo per sè, ma per gli altri, il servo non può godere, nè acquistare per sè alcun diritto patrimoniale. È anche incapace di possesso, in quanto a questa parola si dia il senso di capacità di godere degli interdetti possessorii e dei vantaggi giuridici che la legge accorda a coloro ai quali concede codesti interdetti. Invece ne è capace, se il possesso si consideri come mera disposizione di fatto di una cosa. Gli antichi dicevano che il servo *tenet* e non *possidet*.

[1] L. 12, § 7, D. 33, 7.

I servi non poteano convenire, nè essere convenuti in un giudizio privato[1] fosse questo condotto secondo la procedura ordinaria o straordinaria. Solo eccezionalmente, nel corso del tempo, fu loro concesso di stare in un giudizio *extra ordinem* contro i padroni in date ipotesi di dinieghi od ostacoli posti alla loro liberazione.[2]

I servi rispondevano penalmente di ogni delitto pubblico forse ad arbitrio dei magistrati prima, certo in base alle stesse leggi che contemplavano i delitti pubblici dei liberi poi, ed erano talora, come *humiliores*, puniti più aspramente di questi.[3] Erano soltanto sottratti a quelle leggi penali che fissavano una pena pecuniaria, perchè essi non avevano nulla in proprio, o una pena, come la relegazione, non confacente al loro stato o che contemplavano un delitto incompatibile con lo stato stesso; in questo caso però soggiacevano a una pena *extra ordinem*. Non erano scusati da un ordine dato dal padrone di commettere il reato, quando questo fosse atroce.

Il servo risponde civilmente per i suoi delitti privati a danno di estranei alla famiglia del padrone, nel senso che schiavo può essere consegnato dal padrone all'offeso, perchè ne prenda vendetta, e manomesso può essere a partire, come sembra, dalla fine della repubblica conve-

---

[1] Poteano invece portare certe accuse capitali anche contro i padroni, come ad es. quelle di lesa maestà, di annona, di falsificazione di monete.

[2] Un rescritto di Marco Aurelio e Commodo permette al servo di agire contro l'erede che abbia sottratto il testamento nel quale gli veniva lasciata la libertà. Il servo che comperò la propria libertà dal padrone, può agire contro di lui, perchè sia constatato che non lo manomise. Se il servo non riesce nella prova della compera fatta della libertà, è lasciato al padrone e condannato al carcere domestico, a meno che il padrone non preferisca che sia condannato *in metallum*. Se riesce, a partire da Marco Aurelio, è libero anche senza la manumissione. Se il servo fu in un testamento lasciato libero a condizione che renda i conti dell'amministrazione da lui tenuta, può citare in giudizio il padrone, per ottenere la nomina di un arbitro che riveda i conti e decida se la condizione si è avverata.

[3] La legge penale colpisce il servo allo stesso titolo per cui può colpire l'animale. Perciò la responsabilità penale dei servi è antichissima. La personalità o territorialità del diritto qui non è in questione; essa riguarda i liberi.

nuto per essi in giudizio in base al principio: *noxa caput sequitur*. Invece degli affari che faccia con estranei non risponde civilmente neppure dopo la manomissione; ma e prima e dopo di questa risponde solo naturalmente.

Verso il padrone il servo non può avere che debiti naturali, sia da un affare stretto con lui che da delitto commesso contro di lui; in quest'ultimo caso però per il solo risarcimento del danno e non per la pena, potendo il padrone trarre soddisfazione del delitto subito col punirlo corporalmente o col detrarre la pena pecuniaria dal suo peculio. Debito naturale del servo verso il padrone era anche ciò che il padrone avesse pagato in occasione di un'*actio noxalis* per un delitto del servo contro estranei.

§ 20. — I servi nella *dominica potestas*.

I servi potevano essere *sine domino*. Normalmente essi si trovavano nella *dominica* (detta anche *herilis*) *potestas*. Poichè il nome di *potestas* designa anche gli altri poteri del *paterfamilias* sulle persone appartenenti alla famiglia, come designa il potere del magistrato sulle persone appartenenti alla *civitas*, così la *dominica potestas* indica evidentemente il potere del *paterfamilias* sul servo, in quanto questi viene in considerazione come una delle persone appartenenti al gruppo famigliare, come un suddito in altri termini del *paterfamilias*.[1] Ma laddove il potere del *paterfamilias* sui figli è sempre considerato e chiamato soltanto *potestas*, la destinazione veduta del servo fa sì che il potere del domino su di lui assuma inoltre il carattere ed il nome di *dominium*. *Dominica potestas* e *dominium* sul servo sono adunque lo stesso potere diversamente nominato secondo che nel servo si scorge l'uomo o la cosa.

[1] Nei tempi storici la *dominica potestas* compete anche alle donne *sui iuris*, che non possono essere capo di famiglia. Questa è una conseguenza forzosa dell'attribuzione ad esse di una capacità patrimoniale; nel loro patrimonio poteano e doveano infatti allora stare anche servi.

L'idea di *dominium* importò che si conservasse più a lungo senza freni, rispetto ai servi, quella originaria illimitatezza che avea la *potestas* del *paterfamilias* su tutti i sudditi suoi anche liberi. Il padrone dispose quindi per lungo tempo della vita e del corpo del servo a suo talento. Ma, essendo nei primi secoli di Roma la vita semplice, il costume alto, gli schiavi pochi, e questi pochi appartenendo a popoli congiunti di nazione e di civiltà coi Romani, gli abusi di un simile potere dovevano essere radi. Concorreva a frenarli la *nota censoria*, a cui era esposto il padrone colpevole di ingiustificata uccisione o di ingiustificati maltrattamenti dei servi; e se è vero che la stessa *nota* lo colpiva per ogni sciupio che facesse delle altre parti del suo patrimonio, non è a ritenere che fosse dal solo punto di vista di una cattiva amministrazione dei suoi beni, ma anche da quello di un'inumanità di condotta, che nel nostro caso gli era inflitta. La condizione di fatto dei servi peggiorò assai dopo le guerre annibaliche, per aumentarsene straordinariamente il numero, per cessare i domini di convivere con essi, quando non fossero addetti al loro servizio personale, e per riempirsi lo Stato romano di servi appartenenti a popoli alieni ed inferiori di stirpe, di lingua, di civiltà ai Romani. Si rese quindi necessario l'intervento tutelare della legislazione.

L'*ius vitae et necis* del padrone sul servo era rimasto intatto anche quando verso la fine della repubblica fu stabilito che chi uccidesse un servo altrui dolosamente fosse colpito dalla *lex Cornelia de sicariis*. La prima limitazione legislativa di esso non si ha che colla legge *Petronia* emanata probabilmente nel 19 d. C., la quale stabilì che fosse colpito dalla legge *Cornelia* anzidetta anche il padrone che di suo arbitrio condannasse il servo *ad bestias depugnandas*, anzi che proporre, come restava lecito, al giudice di pronunciare codesta condanna. Claudio vietò l'esposizione e l'uccisione di servi malati e deboli. I servi esposti, quando fossero salvati, diventavano liberi e latini iuniani; in ogni caso il padrone che avesse ucciso un servo simile o ne avesse, coll'esposizione, cagionata

la morte, doveva essere punito come omicida. Seguirono nello stesso indirizzo disposizioni di altri imperatori finchè Antonino Pio stabilì che chi avesse senza causa, dolosamente ucciso il proprio servo, fosse responsabile allo stesso modo di chi uccidesse il servo altrui.

Oltre che dalla ferocia omicida, i servi furono nel secondo secolo dell'impero difesi anche dalle sevizie padronali. Cominciò Adriano col punirle *extra ordinem*, se assumevano certe forme atroci e risultavano immeritate. Notevole è in particolare il divieto da lui fatto, sotto pena di confisca della metà della sostanza, di castrare il proprio servo. Il merito maggiore anche in questo riguardo spetta però ad Antonino Pio. Questi, in nome, com'egli dice, dell'interesse dei padroni di non provocare contro di loro tumulti servili,[1] in realtà, crediamo, pur qui per un pensiero di umanità, dispose generalmente che i servi, i quali da qualunque maltrattamento, consistesse in lesioni corporali, nella fame, o in una intollerabile ingiuria (le tollerabili rimasero sempre impunite), o nell'imposizione di un troppo gravoso lavoro, ricorressero *ad fana deorum vel ad statuas principum*, dovessero essere venduti dal loro padrone.

Tra le ingiurie intollerabili vietate da Pio erano comprese anche le offese al pudore servile. Ma la legislazione era venuta già in soccorso di questo con disposizioni anteriori di Vespasiano ed Adriano che, modificate da Giustiniano, importano questo: se un'ancella è stata venduta a patto che non sia prostituita, e nel caso che sia ritorni al venditore, essa diventa libera, se il venditore sopporta tuttavia la sua prostituzione da parte del compratore o se, avendola ricuperata in forza del patto, la prostituisca egli stesso. Adriano vietò inoltre la vendita dei servi, senza un giusto motivo, così a un *lanista* come ad un lenone.

L'onore stesso dei servi infine, parcamente protetto, per quanto si disse, di fronte ai padroni, lo fu in più ampia misura di fronte a terzi. Le ingiurie contro i servi

---

[1] Coll. III, § 2, § 6.

altrui poteano essere fatte coll'animo di ingiuriare il padrone e in tal caso erano represse bensì, ma come ingiurie al padrone. Quando invece mancasse un animo simile, già il pretore le reprimeva senz'altro, dietro azione intentata dal padrone, se consistevano in percosse o in torture inflitte per strappare ai servi la verità; le reprimeva, *causa cognita,* se erano ingiurie diverse. Nell'uno e nell'altro caso la repressione non avea luogo che se le ingiurie erano *adversus bonos mores* e, conoscendo della causa, il pretore teneva conto delle qualità morali del servo. Una costituzione di Severo ed Antonino attesta che chi era stato condannato per ingiurie *ex persona servi* era colpito d'infamia.

La soggezione personale del servo alla *potestas* del domino importa che egli sia tramite e strumento d'acquisti patrimoniali per il padrone. Il padrone acquista i beni che può acquistare senza atto proprio, se soltanto siano devoluti dal disponente al servo (ad es. per legato); quelli poi che potrebbe acquistare solo con l'atto proprio, li acquista anche se l'atto è compiuto dal servo. Il servo trae così dal padrone la capacità «giuridica» a compiere atti giuridici d'acquisto. Un solo atto egli non poteva compiere, benchè potesse il padrone, cioè la *in iure cessio,* per essere questa una *legis actio,* e noi vedemmo che il servo non è capace di azione. Della capacità «di fatto» di compiere un atto, si giudica invece dalla persona del servo. Il che importa che il servo possa supplire colla propria capacità di fatto alla deficiente capacità di fatto del padrone. Così egli può stipulare validamente per un padrone che sia furioso e che, come tale, non potrebbe validamente stipulare. Ma, d'altro lato, se la capacità di fatto del servo sia deficiente, non è supplita dalla capacità di fatto del padrone. Onde il servo infante o furioso non stipula validamente per un padrone adulto e sano di mente. Gli acquisti che il servo compie per il padrone sono soltanto gli acquisti giuridici. Non fa eccezione la regola che il padrone possa acquistare il possesso per mezzo dei servi; perchè la regola risguarda il possesso, non nel senso di mero rapporto di fatto, ma nel senso di una situazione giuridica.

L'acquisto da parte del padrone si compie immediatamente, senza bisogno di alcun atto di trasferimento a lui da parte del servo, il quale non è neppure per un istante titolare della situazione giuridica che si considera.

Essendo il servo semplice tramite dell'acquisto del padrone, ove non abbia un padrone, cessa anche di avere alcun valore l'atto giuridico a lui riferito o a cui partecipi. Tuttavia per pratiche necessità rimase stabilito che il servo che fa parte di una eredità giacente, quantunque si consideri dagli antichi *res nullius*, acquisti alla eredità. L'*ius postliminii*, combinato colla *fictio legis Corneliae*, due istituti di cui si parlerà più innanzi, permise anche di ammettere che il servo di uno che cadde in servitù per cattività di guerra acquisti al *captivus*, benchè non sia in proprietà sua, nè d'altri. Ciò perchè, in forza della combinazione accennata, il servo figurava di aver avuto sempre un padrone, che era il *captivus*, se ritornava; il suo erede, se il *captivus* moriva in servitù.[1]

In relazione a questa funzione del servo di essere tramite e strumento d'acquisto per il padrone, la sua volontà potè determinare l'indirizzo di un acquisto in modo diverso da quello che sarebbe risultato dalla potestà a cui era soggetto. Infatti, se il servo è in proprietà di più persone, vale bensì la regola che l'acquisto intestato a lui si compia a favore di tutti i comproprietari secondo le loro parti di dominio; ma qualora il servo nello stringere un affare dichiari di concluderlo per uno solo di essi, nominandolo (*nominis adiectio*), è questi solo che fa l'acquisto. Equivalse all'*adiectio nominis*, dopo controversie tra sabiniani e proculiani, il semplice *iussus* di un comproprietario al servo di stringere l'affare per lui. Nel caso

---

[1] Rispetto a tutti gli acquisti del servo vale la regola: *quae facti sunt non transeunt ad dominum;* ossia rispetto a tutti gli atti materiali connessi all'acquisto si considera la persona del servo e non quella del padrone. Così ad es. se alcuno legò una cosa al servo di Tizio, l'erede deve darla al servo e non a Tizio; se si istituì erede un servo, è il servo che deve adire l'eredità e non il padrone; e l'adizione deve farla spontaneo, autorizzato ma non costretto dal padrone; se un servo fece una stipulazione alternativa, riservandosi il diritto di scelta, è lui che deve scegliere e non il padrone, ecc.

di contraddizione tra l'*iussus* e la *nominis adiectio*, nel caso, cioè, che un comproprietario ordini al servo di stringere l'affare per lui, e questi lo stringa nominando un diverso comproprietario, l'*iussus*, secondo una prescrizione di Giustiniano, vince la *nominis adiectio*. Il servo potea trovarsi in proprietà di uno e nell'usufrutto di un altro. In questa ipotesi, eliminato ogni riguardo alla sua volontà, tutti gli acquisti da lui fatti colle opere proprie (che si consideravano suoi *fructus*) e colla sostanza dell'usufruttuario, si devolveano all'usufruttuario, tutti gli altri al domino.

Se il servo è tramite e strumento d'acquisto per il suo padrone, non può essere invece tramite e strumento di un danno a lui. *Melior condicio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.*[1] La massima è rigidamente vera, purchè la si consideri come conseguenza dei fini della servitù, la quale è istituita perchè il servo giovi al padrone e non perchè lo danneggi. Quindi il servo non può con un affare da lui stretto rendere debitore il padrone, e non lo può, in linea di principio, neppure col proprio delitto. Ma, se il diritto romano mantenne la prima regola, non potè, sin da età remotissima, mantenere la seconda. In seguito a uno sviluppo storico che esporremo particolarmente trattando delle azioni nossali, rimase infatti stabilito che i padroni rispondessero per i delitti dei servi, a meno che non preferissero consegnare (*noxae dare*) in balìa dell'offeso il servo colpevole. E, sino ai tempi di Gaio almeno, il servo poteva essere consegnato, vivo o morto. Si otteneva così che la *potestas* del domino non fosse lesa, come sarebbe avvenuto, lasciando corso all'esercizio del diritto di vendetta sulla persona del servo, di cui l'offeso godeva già nell'epoca precivica; insieme i padroni erano costretti ad essere più vigilanti sulla condotta dei servi; nè il servo potea giovarsi di un delitto per mutare padrone, poichè il padrone poteva ucciderlo e liberarsi da ogni responsabilità consegnando il cadavere. Il padrone risponde, oltre

[1] L. 133, D. 50, 17 Ulp.

che nossalmente, anche direttamente, se il servo commise il delitto per suo ordine. Nel caso di *damnum iniuria datum* equivaleva all' ordine il non aver il padrone impedito al servo di commettere il reato, sapendo che stava per commetterlo.

Anche da affari del servo potea talora il domino restare responsabile, ma non mai in forza soltanto dell' affare avvenuto e della sua potestà sul servo. Occorreva un motivo ulteriore che giustificasse la sua responsabilità. Quali siano stati questi motivi vedremo al paragrafo successivo.

Il padrone in forza della *potestas* avea da ultimo la facoltà di dare la libertà al servo, ossia di manometterlo.

In forza del *dominium*, il padrone può disporre con atti giuridici del servo come di qualunque altra parte del suo patrimonio. Così può costituire su di esso un diritto d'usufrutto, d'uso, *d'operae servorum*, di pegno; farne oggetto di un suo debito come da vendita, ecc., lasciarlo in legato, alienarlo. L' alienazione si compie coi mezzi e colle forme con cui si trasferisce la proprietà di ogni altra cosa. Essa si presenta dunque come traslazione del dominio e chi acquista questo acquista senz'altro anche la *potestas* sul servo. Come cosa il servo può essere infine oggetto di eredità.

§ 21. — Le *actiones adiecticiae qualitatis*.

Si disse che occorreva un motivo particolare, perchè anche di un affare fatto dal servo rispondesse il padrone. Questo motivo lo si trovò anzitutto nell' avere il servo un peculio, ossia, come spiegheremo meglio più innanzi (§ 22), un suo patrimonio di fatto. Il godere o anche il solo poter egli godere di un simile patrimonio facea sì che si presentasse nella vita commerciale con una personalità economica propria, alla quale aveano riguardo i contraenti con lui, per tenerlo responsabile dei suoi contratti nel caso di possesso effettivo per parte sua di un peculio. Essendo però titolare in linea di diritto dei beni

costituenti il peculio il padrone, s'intende che la responsabilità del servo col suo patrimonio di fatto non potea essere attuata (e lo fu in due modi diversi secondo due diverse ipotesi, di cui diremo) che rendendo responsabile il domino col proprio patrimonio di diritto nei limiti dell'ammontare del peculio. Un motivo ulteriore di rendere responsabile il padrone lo si trovò nell'avere il servo fatto, mediante un affare, un acquisto, da lui poi versato nel patrimonio del padrone. Era equo che chi si era arricchito coll'atto del servo assumesse l'obbligo derivante dall'atto stesso, nei limiti dell'arricchimento. Tanto più il padrone dovea essere responsabile, e per l'intero, se il servo avea fatto un affare col suo consenso, o fosse il consenso dato a quel determinato affare, o fosse dato col preporre il servo ad un'azienda marittima o terrestre che lo poneva nella necessità di assumere debiti nell'interesse dell'azienda stessa.

In tutti questi casi l'azione contro il padrone è l'azione derivante dall'affare; ma essa resta qualificata da un accenno contenuto nella formula al fatto, in forza del quale il padrone risponde. Si han così varie azioni distinte secondo codesta qualificazione. Sono: l'*actio de peculio et de in rem verso, tributoria, quod iussu, exercitoria, institoria.*

Queste azioni competono anche contro il padre o il quasidomino, se l'obbligo sia stato contratto da figli di famiglia e da persone *in manu* o *in mancipio* per essere la loro condizione economico-giuridica pari a quella dei servi. Le due ultime furono in corso di tempo date contro un terzo anche nel caso di obblighi assunti con un affare da persone *sui iuris.* Noi preferiamo trattare qui anche di queste per riguardo alla loro origine storica e al nesso logico in cui stanno con le altre:

Actio de peculio et de in rem verso. Era una formula unica, in *ius,* ma che avea due distinte *condemnationes,*[1] l'una per il caso che l'attore invocasse l'esistenza sola del peculio, l'altra per quello che invocasse il fatto

---

[1] *Iudex N.m N.m A.o A.o dumtaxat de peculio... vel si quid in rem N.i N.i inde versum est.*

della *versio in rem.*[1] Perciò fungeva come due azioni distinte, e nella compilazione giustinianea si ha infatti due titoli dedicati a ciascuna ipotesi singolarmente.

Il padrone convenuto in base alla sola esistenza del peculio per un affare fatto dal servo[2] prima o dopo che divenisse suo servo, prima o dopo che questi avesse un peculio, rispondeva sino all'ammontare di esso al momento della condanna, ammontare che resta determinato da tutte le attività che lo formano attualmente e da quelle che il padrone ne avesse tolte con dolo, per diminuire cioè la sua responsabilità, detratti i debiti che il servo abbia verso il padrone. Si voleva con questa detrazione mettere il padrone nella stessa condizione, in cui sarebbe stato, se si fosse soddisfatto del credito ritirando, come poteva fare, per una parte corrispondente il peculio al servo. Fra più creditori del servo vale il principio: *occupantis est melior condicio,* ossia si soddisfa interamente sul peculio, senza riguardo agli altri creditori, a meno che non siano privilegiati, il creditore che primo *ad sententiam iudicis venit.* L'azione è perpetua, si può cioè sempre sperimentare finchè il servo è in potestà del padrone e questi non gli abbia ritirato il peculio e si può sperimentare novamente, ricostituito il peculio, per il residuo credito, se agendo una prima volta non si ottenne piena soddisfazione. Morto, alienato o manomesso il servo, e così pure dopo che il padrone gli abbia ritirato il peculio senza l'intenzione di frodare i creditori, l'azione diviene *temporaria;* dura un anno soltanto (*actio de peculio annalis*) e meno, se l'azione sperimentata peculiarmente durava per un termine minore; compete per l'ammontare

---

[1] L'attore potea scegliere una delle condanne già *in iure,* nel qual caso il pretore ometteva l'altra; o potea, ottenuta la formula colle due condanne, far la sua scelta *in iudicio;* potea anche chiedere che il convenuto fosse condannato ad entrambi i titoli.

[2] Se non v'ha un *negotium* del servo, vien meno la nostra azione. Perciò ad es. non si agisce *de peculio* con una *rei vindicatio.* In diritto giustinianeo si può agire *de peculio* per un precario; non così nell'età classica; l. 5, § 1, D. 15, 1 è tutta interpolata; in l. 13, D. 43, 26 sono interpolate le parole *sed illi,* ecc.

del peculio che resta presso il padrone e inoltre per la parte di cui questo lo avesse diminuito con dolo.

Qualora il servo, abbia o no un peculio, versi nel patrimonio del padrone, migliorandolo o impedendone la deteriorazione, un bene pervenutogli in forza di un debito contrattuale, il padrone risponde del debito sino all'ammontare del proprio arricchimento. L'*actio de in rem verso* è perpetua in ogni caso. Dura cioè anche dopo che il servo sia morto, alienato o manomesso. È controverso se occorra che l'arricchimento sussista al momento della condanna e così pure se il contraente col servo, per godere dell'azione, deva intendere che l'affare vada a beneficio del padrone. La necessità per il padrone di rispondere con quest'azione sino all'arricchimento e non soltanto sino all'ammontare del peculio che abbia a caso il servo, fa sì che gli antichi la qualifichino come un'*uberior actio* rispetto a quella *de peculio*, la quale potea concorrere con essa. Chi ad es. avesse venduto del grano ad un servo fornito di peculio, dato che il servo avesse impiegato il grano a mantenere gli altri servi del suo padrone, poteva utilmente agire sia *de peculio* e sia *de in rem verso.*

Il principio sul quale è fondata l'*actio de in rem verso* fa sì che essa paia estensibile anche al caso di debiti contratti da persone *sui iuris*, se esse compiano la *versio in rem* di terzi nel senso veduto. Il diritto romano però non ammise codesta estensione oltremodo pericolosa in tutta l'epoca classica e postclassica. Solo Giustiniano concesse l'*actio de in rem verso* in simili casi per mezzo di un'interpolazione della l. 7, § 3, C. 4, 26, fatta in un modo che lascia dubitare se egli abbia avuto un'idea precisa dell'applicazione maggiore o minore che dovea avere la sua disposizione.

Actio tributoria. Se il servo col permesso del padrone avea esercitato mediante merci appartenenti al peculio un commercio e si rendeva insolvente, il pretore emanava sopra istanza anche di un solo creditore un decreto, col quale ordinava al padrone di distribuire la merce peculiare destinata a codesto commercio (cose, crediti, somme ricavate dalle vendite e versate nel peculio) in propor-

zione dei loro crediti tra tutti i creditori, compreso nel numero il padrone, da affari fatti col servo precisamente in relazione al commercio stesso. Nessun creditore traeva, diversamente dall'*actio de peculio,* diritto ad avere più di un altro dall'essere pervenuto alla sentenza prima di questo. E il domino non detraeva, per quanto si disse, dalla merce peculiare i suoi crediti verso il servo, ma concorrea cogli altri creditori. Quando egli non distribuisse con dolo i beni come gli era ordinato, il creditore leso agiva contro di lui coll'*actio tributoria* per ottenere la rata che gli competeva.

Actio quod iussu. Se il padrone *iubet* (traducasi: consente, autorizza e non già « ordina »)[1] che il servo faccia un affare con un terzo, in tal caso, poichè il terzo contraente si affida ben più che al servo al padrone, questi risponde per l'intero debito così incontrato dal servo. L'azione è perpetua. La ragione accennata della responsabilità solidale del padrone, che è testualmente espressa nelle fonti,[2] fa ritenere che il terzo avesse l'azione soltanto se contraeva sapendo dell'*iussus.* Tuttavia v'ha chi ritiene che l'azione gli spettasse anche nel caso contrario.

Fu pure anzi tutto per l'ipotesi di un affare fatto con un servo, o con persona libera *alieni iuris* che si introdussero le due rimanenti azioni menzionate, le quali furono solo di poi applicate al caso che l'affare fosse concluso con un liberto di colui per il quale era concluso e da ultimo con qualsiasi altra persona *sui iuris.*

Actio exercitoria. Se alcuno esercita permanentemente con una nave, non importa se propria o avuta in conduzione, un commercio marittimo (*esercitor navis*) e ne affida la *cura,* ossia la direzione economica e commerciale, ad altra persona (*magister navis*), risponde per l'intero di tutti i debiti non da delitto assunti da questa, purchè stiano nei limiti della *praepositio,* cadano cioè nella sfera

---

[1] È controverso se l'*iussus* dovea essere dato al servo, o al terzo contraente, o se bastava che constasse in qualunque modo il consenso.

[2] GAIO, 4, 70. *Qui ita negotium gerit, magis patris dominive quam filii servive fidem sequitur.*

d'affari a cui fu preposta. Il fondamento dell'obbligo dell'*exercitor* è anche qui il suo consenso all'affare; soltanto il consenso, diversamente dal caso precedente, non è dato a un dato affare, ma ad una categoria di affari, a tutti quelli cioè stretti per l'andamento dell'azienda. E perciò si presenta pur qui la questione, se l'*actio exercitoria* spetti a chi contrae col preposto, soltanto quando sapeva, contraendo, l'esistenza della *praepositio*, o se gli spetti anche nel caso contrario; questione che ritorna anche rispetto all'azione *institoria*, di cui veniamo a parlare.

Actio institoria. È un'azione che ha a base un'ipotesi più generale della precedente. Dato che alcuno, esercitando un commercio terrestre qualsiasi (essendo ad es. *exercitor mensae* o *tabernae*), preponga all'azienda una persona (che appunto per essere preposto a un'azienda terrestre dicesi: *institor*), risponde per l'intero dei debiti non da delitto da questa contratti nei limiti della *praepositio*.[1]

Nel caso sia dell'*exercitoria* che dell'*institoria* il fatto della *praepositio* risulta da un *iussus* dell'*exercitor* dato al preposto, se questi è *persona alieni iuris;* dagli atti più varii, se è persona *sui iuris*, ad es. da un mandato, una locazione d'opere, una *negotiorum gestio* seguita da *ratihabitio*. In tutti i casi d'azione qui contemplati l'obbligo del domino o del *paterfamilias* o del preponente in genere si aggiunge a quello naturale del servo, della figlia, della persona *in manu* o *in mancipio* o civile del figlio, o del preposto *sui iuris*. Nel caso che l'obbligo, a cui si aggiunge, sia civile, il terzo contraente ha quindi due azioni e perciò gli interpreti del diritto romano, giovandosi di una frase delle fonti, chiamano le nostre azioni tutte insieme *actiones adiecticiae qualitatis*, perchè si aggiungono all'azione contro chi strinse l'affare. Ma va

[1] Questa azione è evidentemente, benchè sia discusso, di origine posteriore alla precedente. Essa contempla non un dato commercio, ma qualunque commercio, purchè sia terrestre, ed è palese che se fosse preesistita alla precedente, sarebbe stato facile estenderla all'ipotesi del commercio marittimo, invece di introdurre per questo caso un'azione speciale.

avvertito che il nome non regge, se questi sia persona che non può assumere debiti civili, cioè subire per i suoi debiti azione. Le azioni contemplate sono tutte pretorie.[1]

§ 22. — Il peculio.

Precedentemente si è accennato a questo istituto, del quale giova dare un' idea più precisa.

La concentrazione di tutte le attività patrimoniali nella persona del *paterfamilias*, che era un aspetto dell'organizzazione a monarchia assoluta della famiglia romana, trovò il suo temperamento nell'uso dei peculi. Non era possibile che l'economia di una famiglia romana prosperasse, senza concedere che i dipendenti dal *paterfamilias* conseguissero, entro certi limiti, una sfera di padronanza economica propria. Perciò invalse l'usanza che, pur restando il padre di famiglia titolare in linea di diritto di tutti i beni della famiglia, sia gli schiavi che le altre persone nella sua potestà potessero disporre di una parte di essi, col consenso suo, con arbitrio maggiore o minore. Questa parte formava il peculio.[2] I servi (di questi soli quind'innanzi parleremo come quelli che più spesso aveano un peculio e rispetto ai quali l'istituto ha maggiore importanza) per poco che fossero abili e temperanti avevano tutti un peculio. Non averlo facea sospettare delle qualità del servo; averlo cospicuo tornava a sua lode. I padroni non usavano considerare il peculio come parte del proprio patrimonio, benchè fosse tale; il costume infatti vietava di ritirarlo al servo senza

---

[1] In ognuna di esse l'*intentio* esprimeva l'obbligo del sottoposto libero o servo, in quest' ultimo caso in relazione all' ipotesi che fosse libero; la *condemnatio* era al nome del principale. Questa è almeno l'opinione più diffusa.

[2] I beni che formavano il peculio poteano essere dati al dipendente, perchè fossero nel suo peculio, dal padre di famiglia, essere acquistati dal dipendente stesso colla sua industria, o per la munificenza di terzi, o, se il dipendente era un servo, mediante risparmi sul tenue salario mensile in grano e in danaro che il padre di famiglia gli somministrava.

gravi motivi. Quindi, se favorivano la formazione e l'aumento del peculio, non era per acquistare una ricchezza, di cui disporre a proprio vantaggio, ma per assicurarsi meglio la devozione del servo, per trovarsi garantiti contro le responsabilità che incorressero per i suoi delitti, le quali essi faceano, come si vide, gravare sul peculio, e perchè poteano, senza avvertir di fare una perdita economica, soddisfarne l'istanza di essere manomesso, dandogli modo di comprar da loro la libertà mediante il peculio.[1]

Il peculio è il patrimonio di fatto del servo.[2] Può essere formato di cose mobili o immobili e di qualunque altra possibile attività patrimoniale. Questi beni che, come parte del patrimonio del domino, formano degli elementi disgiunti, si compongono in un'unità patrimoniale, in quanto in linea di fatto ne è titolare il servo; essi sono tutto il suo patrimonio. Il peculio è sempre costituito nel suo ammontare dalle attività. I debiti che il servo abbia o verso il padrone o verso altri non sono delle poste che vadano sottratte dalle attività, così che sia nel peculio solo il residuo.[3] Vero è solo che, se alcuno agisca contro il padrone coll'*actio de peculio*, siccome questi non risponde che sino al residuo del peculio, detratta dalle attività la parte che copre il proprio credito verso il servo, così di fronte a chi agisce *de peculio,* e dunque nei rispetti dell'azione, peculio è solo il residuo. È soltanto da questo punto di vista dell'azione che è esatta la definizione del peculio data da Tuberone secondo la quale è peculio: *quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet, deducto inde si quid domino debetur.*

---

[1] Si sostiene che quest'ultima fosse la funzione genetica del peculio. Crediamo a torto. Anche i figli poterono avere un peculio, quando poterono i servi, e per i figli non potea certo servire a codesto fine.

[2] Patrimonio si rivela anche in ciò che può avere un peculio anche un servo impubere, furioso.

[3] Se il servo ha 100 di attivo e 90 di passivo, ha nel peculio 100 e non 10.

Per stabilire agli effetti dell'azione che cosa era nel peculio, si guardava alla contabilità tenuta dal servo o dal padrone.[1] Era nel peculio ciò che il servo deteneva in proprio col permesso del padrone, e di cui era tenuto un conto a parte distinto dai conti del padrone.

Il peculio era « costituito » al momento in cui il servo col permesso del padrone acquistava la disponibilità di fatto di certi beni del padrone stesso. Quanto al permesso, non occorreva una dichiarazione esplicita; bastava una tolleranza, che era più facilmente ritenuta esistere, dove il peculio fosse costituito per eredità, legati, donazioni intestati dal disponente al servo. La necessità della disponibilità di fatto importava che, se doveano ad es. essere nel peculio cose, il padrone dovea farne la tradizione al servo; se un credito, il servo dovea essere posto in condizione di poter esigere o il credito o gli interessi. La disponibilità in discorso, che si può facilmente configurare per la concessione di qualsiasi altro bene, era richiesta per distinguere il momento in cui alla mera intenzione del padrone di costituire il peculio succedeva la costituzione effettiva.

Una volta costituito il peculio, questo si accresceva anche a insaputa del padrone di tutti gli acquisti fatti dal servo mediante il peculio e in relazione ad esso (*ex causa peculii*).

Le facoltà del servo sul peculio sono diverse secondo che ne ottiene dal padrone la *libera administratio* o meno. Nel primo caso egli è come un mandatario generale del padrone, e può quindi disporre dei beni peculiari così liberamente come se fossero suoi di diritto: può ad es. vendere, donare, costituire in dote cose peculiari, far pagamenti, transigere, far quitanza dei debiti, ecc.; non testare però e non manomettere. Nel secondo le sue fa-

---

[1] Pomponio in l. 4, pr. D. 15, 1, parla della contabilità del padrone e vuol correggere la definizione citata di Tuberone quasi che questo parlasse della contabilità del servo; a me sembra che Tuberone non accenni a chi tenga la contabilità; l'*habet* non si riferisce alla *ratio* ma alle cose; Tuberone parla di ciò che il servo ha, mentre quel che ha è *separatum a rationibus dominicis*.

coltà sono assai più limitate. Manca di tutti i poteri accennati; può compiere soltanto atti fisici sui beni peculiari (usare le cose, ad es., consumarle, specificarle) e quegli atti giuridici che non costituiscono un'alienazione, ad es. deporre, commodare, locare le cose.

Un bene cessa d'essere nel peculio, appena il padrone voglia che non vi appartenga più. Il peculio intero cessa coll'*ademtio peculii,* ossia colla dichiarazione del padrone di toglierlo al servo, coll'alienazione, derelizione e colla manomissione del servo. Il peculio non revocato s'intende donato al servo che venga manomesso *inter vivos;*[1] non gli s'intende invece donato nell'ipotesi di manumissione per testamento. Per lasciarglielo godere, dovea allora essergli legato. Cessa infine colla morte del servo. I padroni usavano però permettere ai loro servi di lasciarsi reciprocamente con atto *mortis causa* i loro peculii. I servi pubblici aveano la facoltà di testare circa la metà del peculio.[2]

Il servo poteva avere nel proprio peculio altro servo (detto « vicario » mentre quegli dicesi « ordinario ») e questi pure potea avere un peculio che giuridicamente apparteneva anch'esso al domino. Rispetto al peculio del vicario l'ordinario si diporta come il padrone rispetto al peculio dell'ordinario; le norme giuridiche relative a questa combinazione di peculii tendono cioè a far sì che in linea di fatto l'ordinario sia trattato come se fosse il titolare giuridico e il vicario il titolare di fatto del peculio vicarile.[3]

---

[1] A questa regola sembra che faccia eccezione il caso di manomissione ecclesiastica, nel quale il peculio seguirebbe il liberto, solo se gli era stato espressamente concesso.

[2] Il peculio del figlio cessava colla sua morte o con quella dell'avente potestà, se veniva alienato *in causa mancipii* e se era emancipato, nel quale ultimo caso valgono circa il peculio del figlio le norme esposte per il caso di manomissione tra vivi circa quello del servo.

[3] L'*actio de peculio* contro il domino dovea essere intentata relativamente all'uno o all'altro peculio. Onde il domino non risponde di un affare stretto dal vicario che nei limiti del peculio vicarile; laddove di un affare stretto dall'ordinario risponde nei limiti del peculio di questo, il quale comprende come sua parte anche il peculio vicarile.

§ 23. — Cause di servitù.

Il diritto romano, finchè non si giunge all'impero, non conosce che due sole cause di servitù: l'una è quella stessa da cui nacque l'istituto: la presa di possesso di un libero di una nazione per parte dello straniero (Stato o individuo). Questa ci si presenta in due forme: la più antica: occupazione per parte del nemico; la più recente, venuta in uso, quando si formò un diritto internazionale fra le nazioni antiche, per cui a lato alla preda si pose il commercio: consegna di un libero di una nazione allo straniero, nemico o meno, in servitù, a titolo di vendita o a titolo di *noxae datio*. La seconda causa è quella che dovea servire a perpetuare la classe servile derivante dalla prima ed è la nascita da madre schiava.

a) È servo quindi anzitutto secondo il diritto di Roma il nemico preso da Roma o da un Romano sia in pace, se apparteneva a uno Stato con cui Roma non aveva almeno rapporti di amicizia, sia in guerra; come diviene servo nella stessa ipotesi il cittadino romano preso dai nemici, secondo il diritto dello Stato nemico.

L'antico diritto romano civico non possedeva un modo di separare il cittadino, contro sua voglia e senza ricorrere a una legge, dalla città, lasciandolo di fronte a questa un libero. Per privarlo della cittadinanza si dovea privarlo della libertà, il che, a sua volta, non potea farsi, sinchè durava l'idea che il servo è uno straniero, di cui si è preso possesso, che consegnandolo in balìa di stranieri. Quindi nei casi in cui parve che alcuno, per aver mancato a certi fondamentali doveri del cittadino, meritasse una tal pena,[1] non restava a Roma che di ricorrere a codesto mezzo. Abbiamo così questi ulteriori casi di caduta in servitù:

[1] Che la pena che si mirava ad infliggere fosse la perdita della cittadinanza, e la perdita della libertà fosse il mezzo, risulta da l. 18, D. 50, 7: *quia quem semel populus iussisset dedi, ex civitate expulsus videretur, sicut faceret, cum aqua et igni interdiceret.*

b) Il cittadino che si sottrae al servizio militare (*infrequens*) o al censo (*incensus*) viene venduto in servitù fuori del territorio romano o latino allo straniero. Questa vendita viene designata col nome di vendita *trans Tiberim,* che era il limite antico dello Stato romano verso l'Etruria;

c) Il cittadino che offende il diritto delle genti, ad es. battendo l'ambasciatore di uno Stato nemico, viene consegnato in servitù dal capo del collegio dei Feziali, il *pater patratus,* allo Stato offeso. Se il nemico si rifiutava di prendere in consegna l'offensore, questi restava certamente in origine cittadino. Potè diventar dubbio[1] che conservasse la libertà e perdesse la sola cittadinanza solo quando i due stati di libertà e di cittadinanza secondo il diritto romano non coincidettero necessariamente più, nel senso che si potea esser liberi, senza essere cittadini nè di Roma, nè di altre città.

Derivano invece dalla vita gentilizia precivica altri casi dove la consegna allo straniero in servitù surroga, dopo la costituzione della città, antiche prese di possesso di membri di una gente per parte di un'altra gente o di gentili stranieri. La surrogazione era necessaria, perchè il diritto della città, facendo di tutte le genti romane una sola nazione, rendeva impossibili sia le occupazioni intergentilizie, che non possono già accadere che fra nemici e sia le consegne simili, non potendo, per il carattere genetico stesso della servitù, nessun libero di nazione romana divenire servo di un connazionale. Codesti casi sono i seguenti:

d) Il creditore poteva vendere *trans Tiberim* il debitore aggiudicatogli; il derubato il ladro aggiudicatogli;[2] il padre i propri figli.

---

[1] L. 18, D. 50, 7.

[2] Il dubbio che la sola addizione del reo di furto lo rendesse servo (Gaio, 3, 189; Gellio N. A., 20, 1) non potè presentarsi che quando si pensò che la schiavitù potesse essere inflitta come pena al cittadino e non dovesse essere necessariamente legata all'ipotesi della presa di possesso del cittadino stesso da parte dello straniero. D'altra opinione Wlassak, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren,* nella *Z. S. S.* XXV, p. 99.

Costituito uno stato di servitù sopra una persona, era logico e conforme agli scopi della servitù che lo stato suo si perpetuasse nella sua discendenza. I figli di servi doveano essere servi. Ma poichè il solo matrimonio determinava nel concetto romano la paternità e il servo è incapace di matrimonio, così la servitù non era comunicata ai figli che dalla madre, come quella che è sempre determinata dal parto;

e) Nasce quindi schiavo il figlio di donna che è schiava quand'egli nasce, anche se il padre suo è un libero, come inversamente nasce libero il figlio di donna libera al momento del parto, anche se il padre suo è un servo. È una regola del diritto delle genti, che il diritto romano riconobbe sempre, salvo transitorie violazioni.[1]

Secondo la regola posta, era al momento della nascita che si avea riguardo per stabilire la condizione della madre e quindi quella del figlio. A questo principio si cominciò a fare un'eccezione, stabilendo che fossero liberi i figli partoriti dalla madre mentre era schiava, ma concepiti da lei in giuste nozze e cioè mentre era libera. Siamo innanzi ad una applicazione dell'idea, già veduta,

---

[1] Queste si ebbero nei casi seguenti:

a) Il SC. Claudiano, mentre stabiliva che, date certe condizioni, divenisse schiava la cittadina romana unitasi a uno schiavo contro la volontà del padrone, la lasciava tuttavia libera, se gli si era congiunta col suo consenso, ma compensava il padrone del mancato acquisto della madre, attribuendogli come schiavo il figlio nato dall'unione;

b) Una legge, di nome ignoto, prescrisse che se un libero si unì all'altrui schiava, che credeva libera, i figli nati da codesta unione, se maschi, fossero liberi; se femmine, servi. Era un mezzo termine tra il diritto del padrone della schiava sui suoi parti e l'equità che voleva che fossero liberi i figli d'un libero, a cui dovea dolere che cadessero in servitù figli suoi, mentr'egli, unendosi a donna creduta libera, dovea ritenere che nascessero liberi;

c) Un'altra disposizione della legge stessa stabiliva che se una donna libera si unì allo schiavo altrui, sapendo che era schiavo, i figli nascevano schiavi, mentre essa, non verificandosi le condizioni del SC. Claudiano, restava libera.

Le due prime eccezioni come contrarie al diritto delle genti furono abolite, la prima da Adriano, la seconda da Vespasiano. Rimase più a lungo in vigore la terza come quella che si uniformava agli scopi del SC. Claudiano di evitare l'unione fra donne libere e servi, ma finì anch'essa coll'essere abrogata.

che il nascituro deve valere per nato se si tratta del suo bene. La quale idea finì col procurare lo stesso beneficio anche ai figli concepiti dalla madre fuori di matrimonio, mentre era libera, e nati mentre era schiava e da ultimo ai figli nati da madre schiava, se in un momento qualsiasi del tempo fra la concezione ed il parto era stata libera.

Venuto l'impero, formatasi una classe di liberi secondo il diritto non appartenenti a Roma nè ad altra città, e scorgendosi oramai nella servitù principalmente la miseria intriseca nella destinazione del servo, anzi che il suo carattere genetico di condizione di prigionia dello straniero perpetuatasi, nella sua discendenza in linea femminile, la pena della perdita della libertà, sorta nei casi *b* e *c* come mezzo per applicare quella della perdita della cittadinanza, diventa fine a sè stessa e scende sia su chi è cittadino, come su chi, essendo libero, non è tale, senza bisogno di far intervenir la presa di possesso da parte dello straniero. Cadono così in servitù:

f) Il *dediticius ex lege Aelia Sentia* che si trattiene in Roma o *intra centesimum miliarum urbis Romae;*

g) Il *servus poenae,*[1] ossia i banditi con condanna *in metallum* (lavoro all'interno delle miniere); *in opus metalli* (lavoro all'esterno delle miniere); *in ministerium metallicorum in perpetuum* (servizi perpetui ausiliarii nelle miniere); i condannati ed altre pene (*ad ludum gladiatorium,* o *venatorium*); tutti i condannati nel capo;

h) Il liberto divenuto tale da schiavo per spontanea manomissione, se manchi gravemente ai suoi doveri verso il patrono. Il patrono lo revoca *in servitutem propter ingratitudinem,* presentando reclamo al magistrato. Integreremo l'ipotesi ed esporremo lo sviluppo storico relativo ad essa, trattando dei libertini;

i) La donna romana o latina ingenua, la quale perseveri a convivere con uno schiavo altrui, malgrado tre

[1] Il *servus poenae* è così chiamato, perchè non ha per padrone nessuno, neppure l'imperatore (*servus poenae, non Caesaris*). Quindi le eredità a lui devolute sono come non scritte.

denunzie da parte del padrone (*invito et denuntiante domino*). Essa diveniva schiava di questo insieme ai figli avuti nella convivenza. Ciò fu stabilito da un SC. Claudiano nel 52 d. C. I Romani doveano vedere in questa perseveranza di una relazione tra ingenua e schiavo una tale degradazione della donna, da meritare che essa entrasse nella condizione del drudo. Perciò questa disposizione si mantenne tenacemente per tutta l'età classica e postclassica. Essa era temperata da eccezioni dirette a impedire che la donna divenisse schiava del proprio figlio o del proprio liberto, e che il padre, che non acconsentiva alla relazione, fosse privato della figlia, o il patrono della libertà. Questa era punita col divenire schiava del patrono, il quale non potea manometterla e farla così cittadina. La denunzia non era necessaria, se l'ingenua conviveva con uno schiavo del municipio. Essa diventava serva di questo pel solo fatto della convivenza;

k) Il cittadino che avendo più di vent'anni si faccia vendere da altri come schiavo coll'idea di partecipare al prezzo e poi rivendicarsi in libertà. Egli diveniva schiavo dell'acquirente, quando fosse pervenuto a questo il prezzo. Se era minore di vent'anni, era soltanto tenuto a pagare al compratore il doppio del prezzo, a meno che non durasse in servitù superati i vent'anni, nel qual caso diveniva servo. Occorreva però nelle due ipotesi che il compratore ignorasse di comperare un libero; [1]

l) Nel diritto postclassico ci si presenta un ultimo caso di caduta in servitù diverso di carattere da tutti i precedenti, come quello che era solo giustificato dalla dura necessità di scegliere tra la servitù del figlio o la sua probabile morte e forse anche quella del padre

---

[1] Questa ipotesi di chi si vendette *pretii partecipandi causa* fu prima contemplata dal diritto pretorio; secondo il quale costui non diveniva schiavo ma dovea vivere come se lo fosse, poichè il pretore gli negava l'azione di rivendicazione in libertà. La perdita della libertà per diritto civile dipese da posteriori senatusconsulti e costituzioni imperiali che la comminarono come pena in questo e in altri casi ignoti.

suo. Costantino prescrisse che se il padre *propter nimiam paupertatem egestatemque victus causa* esponga o ceda ad altri la prole appena nata, questa diventi schiava del compratore. I figli venduti potevano però, nel caso di cessione, essere riscattati, dietro restituzione del prezzo percepito, se un prezzo era stato pagato, o prestazione di un altro schiavo in loro vece. Riscattati, si consideravano come rimasti sempre ingenui.

Giustiniano abolì il SC. Claudiano, la libertà dediticia e la servitù dei condannati *in metallum*. I casi di vendita *trans Tiberim* e di *noxae datio* allo straniero erano scomparsi già nell'età classica. Gli altri casi rimangono ancora nel diritto giustinianeo.[1]

§ 24. — Effetti della *capitis deminutio maxima*.

Il cittadino libero che cade in servitù per uno dei motivi veduti, subendo così una *capitis deminutio maxima*, perde tutte le situazioni giuridiche in cui si trovava. Le sue attività patrimoniali, salvo certi diritti personali come l'usufrutto, passano ora al suo padrone (come nel caso del SC Claudiano e in quello di revoca in servitù), ora allo Stato (come nel caso di *servitus poenae*), ora al *bonorum sector* (come nel caso dell'*incensus*). Ai beni del prigioniero viene dato un curatore, finchè non ritorni, o, constando la sua morte, non siano devoluti agli eredi. Il pretore accordava ai creditori del *minutus* contro chi ne avea acquistato le attività un'azione utile per le passività, che in sè, in conseguenza della caduta in servitù,

[1] In complesso, tolta l'accennata disposizione di Costantino, per cui fra due mali si sceglie il minore, il diritto romano si rivela, da quanto dicemmo, parco nell'ammettere cause di servitù e giusto nel fissarle. Esso non ammette per secoli che le due originarie e di diritto delle genti; poscia non permette che si diventi schiavi all'interno dello Stato che per pena; grande superiorità questa del diritto romano sopra altri diritti contemporanei, che ammettevano l'abuso della vendita di sè stesso e dei figli in servitù all'interno dello Stato, come altri modi di sfruttamento dei liberi col ridurli a servi per mere ragioni economiche.

erano estinte. Chi non volea subire l'azione dovea lasciare che fossero immessi in codeste attività. Lo Stato rispondeva nella stessa ipotesi delle passività fino all'ammontare delle attività. Gli stessi effetti avea la perdita della libertà per parte di un libero senza città.

§ 25. — Origini della manomissione dei servi.

Chi è schiavo può divenire libero. Nel passaggio dalla servitù alla libertà i Romani non vedono un acquisto da parte del servo della proprietà sulla sua persona, che avea prima il suo padrone, nè una trasformazione di una cosa in un uomo, ma soltanto l'uscita di un uomo da una condizione personale (servitù) e il suo ingresso in un'altra (libertà).

La liberazione del servo fino al SC. Silaniano (9 d. C.) non potè verificarsi che per volontà ed atto del padrone, ossia per manomissione; posteriormente anche senza di questa. Cominciamo col trattare della manomissione. E anzi tutto è da vederne l'origine.

È da respingere l'idea comune che i Romani abbiano introdotto nel loro diritto l'istituto della manomissione (da *manumissio* = mandare il servo fuori della *manus*, ossia potestà del padrone) per procurare al servo il beneficio della libertà. Si attribuisce così all'antico popolo romano un sentimento altruistico che non può assolutamente aver posseduto. La manomissione dei servi fu invece introdotta a vantaggio dei padroni in quel tempo in cui eredi non poteano essere che i *sui* del defunto, per procurare a loro un erede, se mancavano di un *suus heres* naturale. La manomissione in origine non era veramente che un'adozione di un servo in figlio.

Essa avea luogo o con effetto dopo la morte dell'adottante o con effetto in sua vita.

Nel primo caso era un'adozione testamentaria; infatti l'adottato assumeva dopo la morte dell'adottante la qualità di *suus* e insieme di *heres*. Essa si compiva in tempi primitivi con atto privato del *paterfamilias*, consistente in una dichiarazione innanzi a testi.

Il secondo caso si verificava in due ipotesi: il padrone del servo lo chiamava suo figlio (*adoptio servi proprii*); oppure lo vendeva, perchè fosse come figlio presso il compratore (*datio in adoptionem*). Tutti e tre questi casi di manomissione-adozione ci richiamano alla vita precivica, sia per la piena facoltà del padre di famiglia di adottare anche un servo suo o d'altri come figlio con un mero suo atto privato, sia perchè quest'uso presuppone un tempo, certo remotissimo, in cui la situazione dei figli non era dissimile da quella dei servi, e quindi il sentimento comune non era offeso dall'elevazione di un servo a figlio.

Costituita la città, questa non volle che servi potessero divenire figli per atto privato, ma soltanto per legge e anche per legge solo al loro padrone dopo la sua morte, al fine che il servo, divenendo allora suo figlio, divenisse anche suo erede. Progressivamente, essendosi separata la qualità di erede da quella di figlio, l'adozione testamentaria del servo per legge si trasformò in mera manomissione che possiamo chiamare liberale. Questa andava prima congiunta necessariamente colla nomina del servo ad erede; solo da ultimo bastò che fosse congiunta colla nomina di un erede qualsiasi, così cioè del servo manomesso come d'altri.

Perciò troviamo in tempi storici la *manumissio testamento* come unico modo esplicito e palese di dare la libertà ai servi. Siccome però la pratica antica di adottare i servi con effetto in vita dell'adottante avea bisogno di un surrogato che giovasse a dar loro almeno con lo stesso effetto la libertà, così quel che non fece la legge, lo fece la giurisprudenza. Questa non sostituì nulla alla compravendita vietata del servo altrui in figlio. Nè ve n'era bisogno. Bastava infatti soltanto poter dare la libertà al proprio servo. Il servo altrui si poteva comperare come servo e poi liberarlo come servo proprio. Per dare la libertà al servo proprio con l'effetto in discorso, s'introdussero ora dalla giurisprudenza i due rimedi della *manumissio vindicta* e della *manumissio censu*, che, come vedremo, sono mere finzioni per ottenere risultati che il

diritto dello Stato non consente. Per questa via si formarono i tre soli modi di manomissione di origine civile conosciuti dal diritto romano sino al tempo di Costantino.[1]

§ 26. — Modi di manomissione di origine civile.

La manomissione è l'atto con cui il padrone dello schiavo[2] dà a questo la libertà. Perchè sia efficace, oltre a dati modi, occorre in diritto classico che sia compiuto da chi ha sul servo la proprietà *ex iure quiritium*, mentre ad altri non compete la proprietà bonitaria, nè l'usufrutto, nè un diritto di pegno sul servo e occorre infine che il proprietario anteriore del servo non ne abbia vietata in testamento o all'atto d'alienarlo la manomissione.[3]

Quando altri sia proprietario bonitario del servo, il pretore dispose che la manomissione di chi ha su di lui il *nudum ius quiritium* fosse invalida, se non precedeva ad essa la manomissione del proprietario bonitario.

Quando altri abbia un diritto di usufrutto sul servo, i Romani scorgevano nella manomissione del proprietario come due atti distinti. L'uno era l'atto di concessione della libertà al servo. Questo era invalido, perchè altrimenti si sarebbe estinto l'usufrutto, che non può esistere sopra persona libera. L'altro era la rinuncia alla proprietà sul servo e questo era invece valido. Si pensava che il padrone avesse derelitto il servo, il quale diveniva perciò *servus sine domino*. Simile principio rimase in vigore sino a Giustiniano, il quale ordinò che nell'ipotesi fatta il servo divenisse libero, ma continuasse su di lui il diritto di usufrutto. Si ha così nel diritto giustinianeo la

---

[1] I principali argomenti a favore di questa nostra ipotesi sulle origini della manomissione dei servi si trovano raccolti nel mio recente lavoro *Problemi di origini* negli *Studii in onore di Vittorio Scialoia*, pag. 3-23.

[2] Giustiniano, interpolando la l. 18, § 2, D. 40, 2, ammise che potesse manomettere *vindicta* un servo del padre, col consenso di questo, anche un figlio di famiglia, come usava nelle manomissioni iuniane.

[3] Quest'ultimo requisito della validità della manomissione si connette verosimilmente alle leggi restrittive delle manomissioni, di cui parleremo. V. PERNICE, *Labeo*, III, pag. 108 segg.

figura di un diritto reale su persona libera. Lo stesso imperatore diede per primo un qualche valore alla manomissione fatta dall'usufruttuario, ordinando che importasse una dispensa del servo dal servire.

Quando alcuno abbia sul servo un diritto di pegno, la manomissione del padrone non ha anche in diritto giustinianeo nessun effetto. Il servo non diventava neppure servo *sine domino*, occorrendo che fosse conservata la proprietà su di esso, perchè il creditore pignoratizio potesse, alienandolo, trasmetterne il dominio al compratore.

Così pure è nulla la manomissione del servo contro un divieto di manomissione.

Quando il servo sia in comproprietà dev'essere, perchè consegua la libertà, manomesso insieme da tutti i soci. Se veniva manomesso da uno e non dagli altri, si vedeva nell'atto del manomittente una derelizione della sua parte di dominio, la quale accresceva a quelle degli altri soci. Una diversa soluzione del caso non si trova che con Settimio Severo, il quale stabilì che se uno schiavo fosse comune a più soldati, e uno dei soci ordinasse nel testamento che fosse liberato da un altro socio istituito erede, questi potesse, per liberare il servo, esigere che gli altri soci gli vendessero le loro parti. Una posteriore costituzione di Severo e Antonino toglieva il requisito che il socio a cui era ordinato di manomettere avesse ottenuta l'eredità, e ingiungeva al pretore di fissare egli il prezzo delle parti che gli altri soci doveano vendere a quello. Movendo da questi precedenti, Giustiniano dispose che, senza alcuna distinzione tra militari e non militari, il socio che vuol manomettere il servo comune possa farsi cedere le parti degli altri pagandole secondo una tariffa legale sul valore dei servi emanata a questo scopo.

I modi antichi di manomissione di origine civile sono, come si disse, *vindicta, censu, testamento*. L'impero cristiano aggiunse a questi la *manumissio in ecclesia* e un caso di manomissione non formale.[1]

[1] Questi modi valgono per i servi in proprietà di privati: i *servi publici* erano manomessi da un magistrato in seguito a decisione del Senato. L'imperatore dà la libertà ai suoi servi per atto di mera volontà.

La *manumissio vindicta* è un processo apparente sulla condizione di libertà. Originariamente si compiva a questo modo. Un cittadino romano, che si faceva *adsertor libertatis* si presentava assieme al servo e al padrone *pro tribunali* al magistrato (dittatore, console, *interrex*, pretore) e ponendo una verghetta (*festuca, vindicta*) sul capo del servo, asseriva solennemente che il servo era un uomo libero. Variano le opinioni, mancando testi, su ciò che facesse allora il padrone; pensano alcuni che, tenendo egli pure una verghetta sul capo del servo, dichiarasse: *hunc ego hominem liberum esse volo;* altri che tacesse, ritirandosi così dinanzi all'affermazione dell'*adsertor* (*cedit in iure*). Certo il padrone preso per la mano il servo, ad esprimere forse la rivoluzione che voleva si verificasse nella sua condizione, gli faceva fare un giro sopra sè stesso (*vertigo*) e, fatto questo, lo lasciava. Il magistrato, che trovasse giustificata la manomissione, faceva allora l'*addictio,* confermava cioè la dichiarazione dell'*adsertor* che il servo era libero.[1]

La *manumissio censu* avea luogo col farsi lo schiavo inscrivere *consentiente vel iubente domino* nelle liste del censo come cittadino romano. Il censore in conformità al suo potere, che gli dà la cura dell'integrità morale della cittadinanza, non facea l'inscrizione che se trovava lo schiavo degno della libertà. Questo modo di manomissione era da lungo tempo scomparso all'età di Ulpiano.

La *manumissio testamento* si fa ordinando in un testamento o, a partire dall'impero, in un codicillo con-

---

[1] Nel corso del tempo questa manomissione fu nelle sue forme semplificata e resa in ogni senso più facile. Funse da *adsertor* un littore del magistrato: la manomissione potè aver luogo non più necessariamente *pro tribunali,* ma *in transitu* quando *aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit praetor auc proconsul, legatusve Caesaris.* La dichiarazione solenne dell'*adsertor* fu sostituita da una sua dichiarazione fatta in qualsiasi modo; il padrone non ebbe certamente che a tacere perchè la manomissione si verificasse. Alla *vertigo* si sostituì un leggiero colpo sulla fronte, un leggiero schiaffo sul viso (*pulsatio frontis, verbera malae*). In caso che un littore non si trovasse, la manomissione stava anche per la semplice dichiarazione del padrone al magistrato di volere che il servo fosse libero.

fermato nel testamento, con parole latine imperative (*Stichus liber esto, liber sit; Stichum liberum esse iubeo*) che il servo sia libero. Alla validità sua occorre che il servo sia in proprietà del testatore sia al tempo in cui questi redige il testamento, sia al tempo della sua morte. Lo schiavo diviene libero appena l'eredità sia adita anche da uno solo degli eredi nominati. Esso dicesi *libertus orcinus* o liberto del testatore. Giustiniano vide nella nomina ad erede del servo come in quella a tutore già espressa la volontà del testatore di conferirgli quella libertà, senza la quale il servo non avrebbe potuto essere nè erede, nè tutore, e stabilì quindi che anche codesta sola nomina, scompagnata dal conferimento esplicito della libertà, fosse sufficiente alla manomissione.

Alla *manumissio testamento* si connette la condizione giuridica di *statuliber*. Nè la *manumissio vindicta,* nè quella *censu*, per essere formalmente una constatazione di libertà esistente, ammettevano termini o condizioni. Ammetteva invece termini *a quo* o condizioni sospensive la manomissione testamentaria, che era atto di conferimento della libertà. Il servo manomesso in testamento sotto una di codeste modalità diceasi *statuliber*. La statulibertà è una condizione personale inerente al servo, che lo accompagna quindi nelle mani di chiunque venga a trovarsi. Giunto il termine, verificatasi la condizione, egli sarà *ipso iure* libero. Quando ora la condizione consistesse in un atto del servo, si capisce che il nuovo padrone potea impedirne la verificazione, mettendo il servo nell'impossibilità di compiere l'atto. Soccorreva agli statuliberi per questa evenienza la massima veduta che quante volte il non verificarsi di una condizione dipende dal dolo di chi è interessato a che non si verifichi, essa vale per verificata. La condizione di *statuliber* esisteva già al tempo delle XII tavole.[1]

[1] Queste in fatti disponevano che il servo manomesso in un testamento *si decem heredi dederit* divenisse libero, anche se fosse venduto dall'erede ad un terzo, purchè desse i dieci al nuovo padrone; e potea darli togliendogli dal proprio peculio. — Per favorire le libertà si violarono nel caso di manomissione testamentaria sotto con-

La *manumissio in ecclesia* sorta, come si accennò, durante l'impero cristiano si connette probabilmente, quantunque sia controverso,[1] all'jerodulismo, istituto assai diffuso nelle parti orientali dell'impero, consistente in una finta vendita del servo ad un tempio e alla sua divinità a condizione che vivesse libero sotto la protezione di essa. Se in origine l'jerodulismo procurava una libertà di mero fatto, e ciò precisamente nel tempo in cui non era possibile la manomissione liberale, poscia esso procurò, secondo i diritti orientali, una libertà di diritto. Resi cittadini tutti gli abitanti dell'impero, diffusosi il cristianesimo, costituita nello Stato una nuova organizzazione, la Chiesa, che andava via via comprendendo masse enormi di cittadini, non si aveva che a cristianizzare con qualche modificazione codesta manomissione pagana, per ottenere una forma di manomissione che fosse corrispondente entro alla vita cristiana alla *manumissio vindicta,* come questa era oramai divenuta,[2] entro alla vita dello Stato. Questa innovazione fu opera di Costantino. La nuova manomissione che prese il nome di *m. in ecclesia, in sacrosanctis ecclesiis* si compie mediante una dichiarazione del padrone di voler che il servo sia libero, fatta alla presenza del servo stesso dinanzi alla comunità ecclesiastica ed agli anziani. Sulla manomissione si redigeva un documento *ad probationem* non *ad solemnitatem.*

Costantino introdusse anche il caso accennato di manomissione non per atto formale e che perciò non porta nome. Egli infatti ordinò che i sacerdoti potessero manomettere i loro servi senza forma alcuna; una qualsiasi dichiarazione di volontà era sufficiente.

---

dizione alcuni principii di diritto. Mentre è regola che una condizione di non fare si verifica soltanto quando risulti impossibile il fare, il che importa spesso che la condizione non si verifichi che colla morte di colui che dal suo verificarsi sarebbe avvantaggiato, qui la condizione di non fare si considerò verificata appena il servo si trovò in condizione di poter fare e non fece. Mentre ancora il diritto pretorio rimette la condizione di giurare, qui essa è mantenuta, onde il servo divenga libero quando abbia giurato.

[1] FERRINI, *Pand.,* pag. 71, n. 2.

[2] V. la nota 1, pag. 172.

§ 27. — La libertà fedecommissaria.

Si ha il caso di libertà fedecommissaria (*libertas per fideicommissum data* in antitesi alla *libertas testamento directo data* di cui si parlò) allorquando un testatore prega chi può essere gravato di un fedecommesso di liberare un dato servo ad es. colla formula: *rogo, fidei committo heredis mei ut Stichum servum manumittat.* Il servo potea essere così del testatore, come dell'erede o di un estraneo. Nell'ultimo caso, se l'estraneo rifiutava di vendere il servo alla persona pregata di manometterlo, la libertà si estingueva nell'età classica; Giustiniano dispose invece che il rogato dovesse manomettere il servo appena avesse la possibilità di farlo. Il servo manomesso dal rogato in causa del lascito cadeva naturalmente nel suo patronato. L'uso di questi fedecommessi di libertà s'introdusse insieme agli altri fedecommessi verso la fine della repubblica. La loro esecuzione dipese per qualche tempo dalla sola volontà dell'onerato. Un diritto del servo ad essere manomesso in base al fedecommesso non sorse che quando Augusto gli concesse di stare in giudizio contro il padrone perchè, a tenore delle disposizioni del defunto, fosse manomesso. Senatusconsulti posteriori provvidero a dar sempre maggiore efficacia ai fedecommessi di libertà, facendo subentrare la liberazione per atto di magistrato alla manomissione del padrone, nei casi in cui questi si rifiutasse a manomettere il servo o nel caso d'incapacità sua di diritto oppure di fatto di manometterlo.[1] Rimaneva però salvo

---

[1] Così il SC. Rubriano del 101 d. C. prescrisse che se chi dovea prestare la libertà chiamato dal pretore non fosse comparso, riconosciuta dal pretore la validità del fedecommesso, il servo fosse libero, come se fosse stato manomesso. Il SC. Dasumiano, dell'anno stesso, estese la prescrizione all'ipotesi di assenza *ex iusta causa* dell'onerato. Il SC. Articuleiano volle che nelle provincie conoscesse del caso il preside della provincia, anche se l'onerato non era di quella provincia. Il SC. Vitrasiano sotto Adriano provvide pel caso che l'onerato fosse incapace di agire o fosse morto senza eredi. Il SC. Iunciano dell'età di Commodo applicò codeste disposizioni anche al caso che l'onerato fosse stato pregato di manomettere il suo proprio servo.

il diritto di patronato del padrone, come se fosse intervenuto da parte sua l'atto di manomissione. Solo Giustiniano, in pena della ritardata manomissione, stabilì che appunto nel caso di *mora* e cioè di colposo ritardo nel manomettere il servo, questi fosse libero, come se avesse conseguita la libertà direttamente per testamento e fosse quindi *libertus orcinus*.

§ 28. — La libertà pretoria.

La manomissione fatta dal proprietario bonitario non rendeva il servo libero, ma il pretore negava al proprietario quiritario in tal caso l'azione di rivendicazione del servo, onde questi viveva in una libertà di fatto (*in libertate morari*) che, esistendo in forza del diritto pretorio, prende il nome di libertà pretoria. Della quale abbiamo altri casi. Giovandosi infatti dello stesso mezzo, il pretore permetteva al servo di vivere libero, se il padrone non usava a manometterlo le forme civili, ma esprimeva la volontà che fosse libero in altri modi, cioè con una dichiarazione tra amici o innanzi al popolo (*ex acclamatione populi*) o per lettera diretta al servo o per nunzio inviatogli[1] o ammettendolo a sedere a convito con sè, o chiamandolo col nome di figlio, uso il quale si riconnette all'antica manomissione adottiva. Competeva lo stesso beneficio al servo di un peregrino, se il modo di manomissione da questo usato non serviva secondo il diritto della sua città a rendere il servo libero. Un altro caso si vedrà più innanzi.

Conservando il proprietario nelle ipotesi fatte la proprietà sul servo, se questi viveva come libero, i figli suoi, dato che si trattasse di ancella, nascevano servi e non liberi. Gli acquisti che il servo facesse andavano al suo padrone. Il peculio però diveniva colla manomissione irrevocabile.[2]

---

[1] Erano modi molto in uso presso i popoli orientali dell'impero, dei quali in questa parte i Romani imitavano i costumi.

[2] V'ha anche una servitù pretoria. Vedemmo il caso parlando di chi si vendette *pretii partecipandi causa*.

§ 29. — La legislazione augustea sulle manomissioni.

La facoltà dei padroni di manomettere i loro servi, facendone così dei cittadini, non presentò per molto tempo inconvenienti. I servi durante la monarchia e buona parte dell'età repubblicana erano affini ai Romani di razza e di civiltà; divenivano Romani in tutto, vivendo tra Romani e la cittadinanza si riempiva quindi di elementi a sè consimili, accogliendo nel suo seno i manomessi. Nè le manomissioni doveano essere frequenti. Inoltre ciascuna delle forme solenni vedute di manomissione, tolto forse il caso straordinario di manomissione nel testamento *in procinctu*, permetteva il controllo sulla convenienza dell'atto da parte della pubblica autorità. I pontefici che, partecipando al testamento *calatis comitiis*, intervenivano nelle manomissioni testamentarie; i magistrati menzionati, che intervenivano nella *manumissio vindicta;* il censore, che interveniva nella *manumissio censu*, aveano modo di non dar corso alla volontà di manomettere servi immeritevoli della libertà.

Quando però l'introduzione del testamento *per aes et libram* permise normalmente di fare una manomissione testamentaria sottratta al pubblico controllo, questo non deve essere stato più seriamente esercitato pur nei casi di manomissione fatta col testamento comiziale e di manomissione tra vivi e cessò di essere tale, quando da un lato la sovrabbondanza dei servi, la vanità e in parte l'interesse stesso dei privati condussero a moltiplicare le manomissioni e dall'altro queste andavano a favore di servi divenuti nel maggior numero oramai disformi di razza, di lingua, di cultura, di religione dai Romani e quindi atti solo a corrompere e a degradare la cittadinanza in cui, fatti liberi, entravano.

Sino ad Augusto si cercò riparo al male nel posporre in varia misura i libertini alle altre classi della cittadinanza. Così si otteneva che non fosse troppo danneggiato il funzionamento politico della cittadinanza. Ma ciò non impediva che ne soffrisse la sua integrità morale.

Augusto che si era proposto una restaurazione, oltre che degli ordini politici, anche del costume romano, mentre aggravò, come si vedrà, la posposizione dei libertini, pensò anche a restringere direttamente o indirettamente il numero delle manomissioni,[1] a renderle più considerate e, dove non poteva impedirle, ostando troppo le abitudini, a toglier loro almeno l'effetto di creare cittadini nuovi in tutt'i casi in cui un simile effetto fosse pericoloso. Ciò fece con due leggi: la legge *Aelia Sentia* (4 d. C.) e *Fufia Caninia* d'anno ignoto ma che cade certo nell'età augustea. Di una terza legge, la *Iunia*, che forma parte colle precedenti di tutta una legislazione sulle manomissioni, ma di cui si discute se si uniformi alla tendenza di quelle, è incerta ma probabile l'appartenenza alla stessa età e che sia posteriore alle precedenti.[2]

Per la legge *Aelia Sentia* un padrone minore di vent'anni non può manomettere i propri servi se non *vindicta* e dietro *causae adprobatio* ossia per una causa giusta (ad es. perchè intende di unirsi in matrimonio coll'ancella o perchè il servo fu suo pedagogo, è suo parente, o perchè pensa di farne il proprio procuratore) riconosciuta da un consiglio formato di cinque senatori e di cinque cavalieri romani *equo publico* in Roma, di venti giurati (*recuperatores*) nelle provincie. Le manomissioni fatte non a questo modo dal minore di vent'anni sono prive di ogni effetto.

I servi per essere manomessi con l'effetto di acquistare le libertà e la cittadinanza devono a loro volta avere almeno trent'anni. Sotto queste età, sono liberi e cittadini se sono manomessi *vindicta* e dietro *causae adprobatio;* ottengono la sola libertà pretoria se sono manomessi diversamente. Questa si trasformava però in libertà civile, se il manomesso sposava una Romana o

---

[1] Non si può dire che avesse uno scopo simile la legge Manlia del 397 d. R. che fissò per ogni manomissione una imposta del 5 % sul valore venale dello schiavo manomesso (*vicesima eorum qui manumitterentur*).

[2] La legge è chiamata anche *Iunia, Iunia;* chi la colloca sotto il regime di Tiberio e precisamente nel 19 d. C. la chiama colle istituzioni giustinianee *Iunia Norbana.* Altri crede che sia anteriore alla data dell'avvenimento definitivo di Augusto (727 d. R.).

Latina innanzi a sette cittadini romani puberi e presentava un figlio di un anno nato dall'unione (*anniculi causae probatio*). In questo caso divenivano cittadini insieme al manomesso anche la moglie ed il figlio, dato che fossero *eiusdem condicionis* di lui.

È invalida ogni manomissione fatta da un padrone già insolvente o che lo diventi in causa della manomissione, se è fatta consciamente in danno dei creditori. Si eccettuava il solo caso di un insolvente, che manomettesse il servo e lo istituisse erede, al fine che la *bonorum sectio* anzi che nel nome di lui defunto avesse luogo nel nome del servo (*ne iniuria defunctus afficiatur*).

Finalmente onde le manomissioni non si verificassero a danno dell'integrità morale della cittadinanza nè della sicurezza pubblica e della quiete della capitale, la stessa legge prescrisse che i servi di condotta turpe, risultante dal fatto che erano stati per pena stigmatizzati, trovati rei di un delitto in seguito a tortura da essi subita, posti ai ceppi, consegnati perchè combattessero nel circo colle fiere o come gladiatori, o dati al fine a una scuola gladiatoria o in custodia cadessero, se manomessi, in condizione di *peregrini dediticii*, di stranieri cioè datisi *in dicione populi romani*. Essi non potevano risiedere in Roma, nè entro cento miglia da essa; nè lasciare o ricevere alcun che per testamento, nè pervenire mai alla cittadinanza romana.

Rimaneva, anche dopo queste disposizioni, l'inconveniente del numero eccessivo di manomissioni, che usava fare per testamento. I padroni di servi che non si privavano facilmente dei servi in vita, ne privavano largamente i loro eredi, per avere ai propri funerali un lungo codazzo di loro liberti orcini. Provvide al caso la legge *Fufia Caninia*, ordinando che il padrone non potesse manomettere per testamento che una data parte dei suoi schiavi, a un dipresso proporzionale al numero di quelli da esso posseduti, mai però più di cento. Le ulteriori manomissioni erano nulle.

La situazione ibrida dei servi in libertà di fatto non era da queste leggi eliminata. Restava, dove la legge *Aelia*

Sentia non negasse ogni effetto alla manomissione, possibile sia al proprietario bonitario che, nelle condizioni vedute, al quiritario di procurare al servo la libertà pretoria. Della quale la stessa legge avea creato anzi una nuova causa nella manomissione non avvenuta *vindicta* e dietro *causae adprobatio* di un servo sotto ai trent'anni. È a ritenere ora che i padroni abusassero della possibilità di dare codesta libertà ai loro servi, pensando che non perdevano così il servo, ma solo il suo servizio. Grave però era il danno della società, nel cui seno era costituita una classe d'uomini che non soggiacevano alla disciplina della servitù, nè si elevavano nella dignità della libertà. E quindi opiniamo che contro codeste manomissioni reagisse la legge *Iunia* accennata, col trasformare i modi e casi non civili di manomissione in modi e casi civili, ordinando che anche in codeste ipotesi i servi conseguissero la libertà civile. Ma questi nuovi liberi essa li volle privi, come prima, della cittadinanza; invece della quale attribuiva loro la latinità minore delle colonie latine dedotte dopo il 486 d. R., limitata però al *commercium* tra vivi. Essi quindi non potevano ricevere per testamento che fedecommessi; nè poteano essere in testamento nominati tutori. Essendo liberi, i figli loro nascono liberi e latini; dispongono poi in vita dei loro beni secondo il loro volere. Alla loro morte però questi beni ricadono come un peculio al padrone. Ciò fece dire agli antichi che codesti latini detti iuniani *ipso ultimo spiritu simul animam et libertatem amittebant.* Rappresentando per questo fatto i latini iuniani un valore economico per chi era stato loro padrone, erano una parte del suo patrimonio, suscettibile di essere oggetto di eredità o legato.

A questi latini investiti di una latinità personale privata, diversa perciò nell'essenza dalla latinità di cui una persona gode per la sua appartenenza a una città di diritto latino, furono aperte nel corso del tempo parecchie vie ad ottenere la cittadinanza.[1]

[1] Sono: 1) *liberis.* Il beneficio dell'*anniculi causae probatio* accordato da Augusto al latino iuniano *ex lege Aelia Sentia,* fu esteso

Questo complicato diritto circa le manomissioni sparisce con Giustiniano. Al tardo impero non importava più troppo che fosse conservata una larga classe di servi; bastava ai bisogni sociali il lavoro libero e quello vincolato dall'ereditarietà della condizione di lavoratore. La servitù della persona cedeva il campo alla servitù del mestiere. Il cristianesimo poi favoriva il conferimento della libertà e nessun danno parea derivare dal riempirsi di libertini una cittadinanza, che oramai non constava di liberi cittadini, ma di sudditi e di tali sudditi che il potere imperiale assoluto poneva in condizione di servi. Da ultimo nei paesi orientali si era abituati alle forme molto più semplici di manomissione dei locali diritti ellenici; nè la latinità iuniana vi era bene intesa e molto praticata. Sotto l'influenza di queste cause Giustiniano diede pieno valore a qualunque dichiarazione di volontà di manomettere il proprio servo. Abolì la legge *Fufia Caninia*, la legge *Iunia*, e della stessa legge *Aelia Sentia* non serbò in vigore che le disposizioni concernenti la manomissione da parte di un creditore insolvente e, come pare, l'esigenza di una giusta causa per manomettere tra vivi, se il manomittente ha meno di vent'anni. E poichè non v'ha più che una sola proprietà, così nel diritto giustinianeo la manomissione da parte del proprietario procura sempre la libertà e la cittadinanza al servo, salvo che questi non sia sottoposto a pegno, quegli non sia insolvente e, se è minore di vent'anni e manometta tra vivi, non provi una giusta causa di manomettere.

---

dal SC. Pegasiano, che cade nell'impero di Vespasiano, a tutti i Latini iuniani. 2) Per merito di certi servizi, ossia *militia* (servendo per sei anni in una coorte di vigili a Roma), *nave* (adoperando per sei anni la propria nave a recar grano a Roma), *aedificio* (costruendo una casa in Roma), *pistrino* (aprendo ed esercitando un forno in Roma). 3) *Beneficio principali* ossia per concessione del principe; se il patrono non acconsente a che il Latino ottenga la cittadinanza, questi la otterrà ugualmente; il patrono però conserva il suo diritto alla successione del già Latino. 4) *Iteratione* ossia con un atto perfetto di manomissione; in questa ipotesi anche i figli diventano cittadini. 5) Una Latina diviene cittadina, se procrea tre figli.

§ 30. — L'acquisto della libertà senz'atto di manomissione.

Già durante la repubblica troviamo conferita per via di *privilegium* la libertà a servi resisi benemeriti dello Stato colla denunzia ad es. di complotti, congiure, ecc. Coll'impero compaiono prescrizioni generali, che un servo sia in date ipotesi libero o in seguito a dichiarazione dell'autorità, o *ipso iure*.[1] Già vedemmo quanto fu ordinato in relazione alla libertà fedecommissaria. Qui è a parlare d'altri casi.

Diviene libero per dichiarazione dell'autorità:

1) In forza del SC. Silaniano (9 d. C.) il servo, che denunzia l'uccisore del suo padrone o una congiura fatta contro di lui.

2) Costantino concedette lo stesso beneficio, limitato però alla latinità iuniana, al servo che denunziava un ratto o una falsificazione di monete.

3) Graziano, Valentiniano e Teodosio lo concedettero al servo che denunziava un disertore.

4) Il servo dato a nossa, risarcito che abbia il danno, è manomesso dal pretore *invito domino*.

È acquistata dal servo la libertà *ipso iure* nei casi seguenti:

5) Un editto di Claudio dichiara latino iuniano lo schiavo abbandonato infermo dal suo padrone.

6) Vespasiano prescrisse che una schiava venduta

---

[1] Si noti che la legge non si pone da prima direttamente contro i padroni nel far questo. È infatti nell'interesse dei padroni che si premi della libertà il servo che scopre e denunzia l'uccisore del suo padrone. E quando poscia Claudio dona la libertà al servo derelitto, mentre è vecchio ed infermo, dal suo padrone, non toglie a questo un dominio, che egli aveva colla derelizione perduto. La legge non sottrae i servi ai padroni contro di questi che quando comincia anche a tutelarli seriamente da maltratti, ed è un modo estremo, in casi estremi, di difesa dei servi stessi contro padroni che ne lodono l'onore o tentano di frodarli della libertà loro dovuta. Nell'impero cristiano la libertà per legge difende la fede cristiana, o cristiano-ortodossa dei servi. Solo in pochi casi particolari operano altri motivi.

a patto che, se veniva prostituita, fosse libera, divenisse, verificandosi la sua prostituzione, tale e ne avesse il patronato il venditore. Libera diveniva pure, se il patto era che nel caso di prostituzione fosse resa al venditore e questi, riavutala, la prostituiva. Giustiniano risolse un antico dubbio in proposito, ordinando che il venditore in questo caso non avesse il diritto di patronato. La schiava diviene libera anche se il primo compratore la vende senza ripetere la condizione a un secondo. L'imperatore Leone da ultimo dispose che ogni schiava che fosse prostituita divenisse *ipso iure* libera.

7) Marco Aurelio ordinò che uno schiavo venduto a condizione che scorso un certo termine o verificandosi una data condizione fosse manomesso, diventasse libero anche senza la manomissione, giungendo il termine, verificandosi la condizione. La disposizione fu estesa alle donazioni di servi fatte a codesto modo e all'ipotesi che un padrone fosse stato pagato da un terzo o dal servo stesso per manomettere questo. I Romani vedevano in questo caso una *suis nummis emptio* da parte del servo; il quale diveniva liberto senza patrono.

8) Per una disposizione di Costantino diveniva libero un servo non ebreo circonciso da un padrone ebreo. Giustiniano estese la norma ordinando che divenisse libero ogni schiavo cristiano acquistato da un padrone che non fosse cristiano ortodosso.

9) Leone prescrisse che fossero liberi gli schiavi che divenivano *cubicularii* imperiali.

10) In premio della fedeltà della concubina Giustiniano ordinò che divenisse libera la schiava, che era stata sino alla morte concubina del padrone e con essa che divenissero liberi i figli avuti da lui, se il padrone non avea nel testamento disposto dell'ancella o dei figli come schiavi ad es. legandoli o lasciandoli esplicitamente come schiavi agli eredi. Lo stesso imperatore volle anche liberi i figli avuti dall'ancella, se il padrone la manometteva e la sposava redigendo strumenti dotali, ritenendo che non potesse alcuno volere aver la madre libera e sposa e i figli avuti da lei servi.

11) Giustiniano dispose ancora che divenissero liberi i servi che si facessero sacerdoti o entrassero in un chiostro.

12) Mentre non è ammesso mai che, vivendo come servi, si diventi di liberi servi, Diocleziano attesta essere già principio in vigore al suo tempo che il servo vissuto lungamente in buona fede come libero divenga libero e cittadino. Il termine variò fra i 10, i 16 e i 20 anni; l'ultimo termine è quello richiesto da Giustiniano.

13) Il libertino ricaduto in servitù per ingratitudine può riacquistare la libertà per concessione imperiale su domanda del padrone già suo patrono.

14) Il servo esposto infante diviene per prescrizione giustinianea libero presso chi lo raccoglie e lo alleva.

Sul caso di *postliminium* v. il § successivo.

§ 31. — L' *ius postliminii.*

In tutti i casi precedentemente considerati si ha un passaggio da una *servitus iusta* ad una *iusta libertas.* Il caso che qui si considera ha altro carattere. La prigionia in cui cade il cittadino romano, in pace o in guerra, presso i nemici è una *servitus iniusta* di fronte al diritto di Roma. Questo stabilisce ora che se il *captivus* ritorni *in fines romanos* (e si considera ritornato in essi anche se pervenga presso un popolo alleato ed amico dei Romani) coll'intenzione di restare in patria e non di far ritorno presso i nemici, egli ricuperi il suo stato giuridico precedente all'*iniusta servitus.* Questo diritto di ricupero si esprime col nome di *ius postliminii,* da *post-limen* che vuol dire al di là, per chi ne sta fuori, del limitare della casa; al di là, per chi ne sta fuori (in forza di un felice traslato) del limitare dello Stato.

A chi è fatto prigione da pirati, da ladroni o in una guerra civile l'*ius postliminii* non trova applicazione, perchè codesta cattività non importa perdita della *libertas iusta,* non costituendo una *servitus iusta* di fronte al

diritto di uno Stato straniero.[1] Esso non trova neppure applicazione ai cittadini caduti in servitù presso nemici per essere stati a loro alienati legittimamente, nè a quelli che, quantunque divenuti schiavi per prigionia, erano considerati indegni di ricuperare la cittadinanza. Tali sono i cittadini disertati presso il nemico o che si arresero volontariamente in battaglia. La fede nei trattati internazionali esclude dal *postliminium* anche i prigioni di guerra che ritornano durante un armistizio. La sorte dei prigioni che sono ancora tali presso il nemico al momento della conclusione della pace dipende dal tenore del trattato di pace. Se questo infatti nulla dispone circa ad essi, non godono del *postliminium*, il quale compete solo ai prigioni, di cui Roma pattuì il ritorno. Ciò perchè, conclusa la pace, o il popolo nemico scompare per essersi arreso *in dicione populi romani*, e non si ha più un popolo presso il quale il prigione sia servo, mentre il *postliminium* va solo a favore di prigioni presso un popolo nemico; o il trattato di pace stabilisce un rapporto amichevole tra Roma e il popolo presso il quale il cittadino è prigioniero, e questi cessa di essere prigioniero *apud hostes* e ancora quindi non può competergli il *postliminium*. Anche i prigioni, dei quali si stabilì il ritorno, non godono del *postliminium*, se rimasero volontariamente presso i nemici.

L'*ius postliminii* ha nel diritto romano evoluto questi effetti che è come non avvenuto ciò che il cittadino fece e patì personalmente durante la prigionia, ma in tutto il resto egli è trattato come uno che non abbia mai cessato di essere cittadino. Per il *postliminium* quindi il prigione ritornato ricupera la cittadinanza e tutti i poteri famigliari che avea prima. Se mentre era in servitù gli nacquero figli dalla moglie che lasciò incinta, è padre anche di questi. Egli rientra anche in tutti gli antichi diritti ed obblighi patrimoniali. Occorsero durante la sua prigionia

[1] Il *postliminium* non si verificava solo nel caso di cattività, che qui consideriamo, ma in un altro, che sta fuori del nostro argomento, ed è quello in cui un cittadino romano mutasse di sua volontà cittadinanza e poscia rientrasse volontariamente nel suo paese.

avvenimenti per i quali avrebbe acquistato diritti, sarebbe incorso in obblighi simili senz'atto proprio (ad es. una stipulazione e rispettivamente un delitto di un suo servo), ed acquista anche codesti diritti, incorre in codesti obblighi dal giorno in cui il fatto relativo avvenne. Il testamento fatto prima della prigionia è valido. Due rapporti non si ripristinano senz'altro col ritorno: il possesso e il matrimonio,[1] per essere entrambi *res facti*. Essi doveano quindi essere ristabiliti, se ristabilirli si volea, ricostituendo gli elementi necessarii perchè sorgano. Il prigione ritornato gode però del possesso acquistato durante la prigionia dal suo servo o figlio *ex causa peculiari*, perchè in questo caso il possesso si presenta come *res iuris*.

Per questa possibilità del *postliminium* si verifica durante la prigionia uno stato di pendenza di una quantità di situazioni giuridiche. Il figlio, ad es., è *sui iuris* se il padre non torna; non fu mai *sui iuris*, se ritorna. Gli acquisti fatti dalle persone libere *in potestate* non si sa se sono acquisti loro o se risulteranno acquisti del padre. Se il figlio contrasse un debito per un affare o commise un delitto, si ignora se il padre ne risponderà col peculio o rispettivamente potrà dar il figlio a nossa, o se invece il creditore non potrà agire che contro il figlio. Sopra tutto pende il testamento paterno. Se il prigioniero ritorna è valido; altrimenti è invalido. Constando poi la morte in prigionia, non può neppure aprirsi la successione intestata non potendo schiavi avere eredi neanche ab intestato. Per rendere possibile la successione una legge Cornelia, d'età e proponente incerto, ma probabilmente di Silla, stabilì che il prigioniero morto in prigionia si considerasse morto *in civitate*, ossia, così interpretò la giurisprudenza, nel momento in cui era stato fatto prigione, nei riguardi ereditari e della tutela legittima. In seguito a questa finzione (*fictio legis Corneliae*) esistendo un testamento fatto prima della prigionia, questo restava valido e si apriva la successione testata, altrimenti l'intestata.

---

[1] Neppure quello *cum manu*. Il *reversus* riacquista soltanto la *manus*.

Le norme suesposte circa l'*ius postliminii* patirono alcune eccezioni. La più importante riflette il matrimonio. Giustiniano prescrisse che il coniuge non possa passare ad altre nozze finchè sa che l'altro coniuge vive in prigionia; che se ignora se sia vivo o morto, possa passare ad altre nozze soltanto scorso un quinquennio dal giorno della prigionia. L'imperatore, ad indicare la situazione delle mogli che hanno i mariti prigioni, usa la frase *possunt videri nuptarum locum retinere eo solo quod alii temere nubere non possunt,*[1] frase ambigua, ma che nel sistema del diritto giustinianeo va interpretata nel senso che il matrimonio permanga. Già del resto nel diritto classico era ammesso che per la riverenza dovuta al patrono durasse il matrimonio della liberta col patrono prigione. Giustiniano ancora, interpolando la l. 12, § 5, D. 49, 15, diede valore a codicilli fatti in servitù e confermati nel testamento prima della servitù. Egli stesso, interpolando le ll. 9, 10, 11, D. 23, 2, prescrisse che mentre il padre è prigione, possa il figlio contrarre nozze, a cui è certo che il padre avrebbe acconsentito, ed anche senza questa certezza, se scorse un triennio dalla prigionia.[2] Su altre eccezioni non occorre soffermarsi.

Ammessa nel diritto romano una *libertas iusta* senza la cittadinanza, anche il *postliminium* trovò applicazione ai liberi non cittadini fatti prigioni, per tutti i rapporti giuridici compatibili col mero stato di libertà.

§ 32. — I libertini.

Il termine *libertinus* indica che una persona si trovò in giusta servitù e ne è uscita, di fronte al diritto civile, entrando nella cittadinanza. Esso non spettava quindi nè ai servi in libertà pretoria, nè poi ai servi liberati che diventavano all'atto della liberazione *latini iuniani* o *pere-*

---

[1] L. 6, D. 24, 2.

[2] In diritto classico il figlio di padre prigione potea contrarre matrimonio liberamente sempre.

grini dediticiorum numero ex lege Aelia Sentia. Il termine *libertus* indica invece il fatto che il libertino è nel patronato di alcuno e perciò non si usa da solo, ma col nome del patrono al genitivo (es. *libertus Augusti*). *Ingenuus* dicesi per antitesi a *libertinus* la persona la quale non fu mai in giusta servitù.

I servi che conseguivano la libertà civile divenivano in origine tutti cittadini; e cittadini tornarono a divenire tutti con Giustiniano. Nel periodo che corre fra le leggi limitatrici delle manomissioni e la legislazione giustinianea abbiamo le eccezioni costituite dalla libertà latina e peregrina dianzi menzionate.

La macchia originaria della servitù patita importò nei tempi storici che i libertini fossero prima socialmente, poscia anche giuridicamente posposti agli ingenui[1] sia nei riguardi politici[2] che nei privati.[3]

A partire da Commodo fu reso loro possibile di giungere all'ingenuità per concessione del principe, con diversi effetti però a seconda del contenuto della concessione. Il principe poteva infatti o accordare al libertino

---

[1] I magistrati procedevano ab antico coi mezzi coercitivi a loro disposizione contro i libertini che si attribuissero l'ingenuità e ne esercitassero i diritti. La legge Visellia del 24 d. C. perseguitò particolarmente l'attribuirsi gli onori, la dignità e il decurionato spettanti agli ingenui.

[2] Per togliere importanza al loro diritto di voto, furono e rimasero da età antica inscritti, salvo eccezioni molto mutevoli nel tempo per qualche categoria di essi e prescindendo da transitorie disposizioni ora loro favorevoli, ora contrarie, nelle quattro tribù urbane. Augusto andò più oltre; pur lasciandoli nelle dette tribù, li privò del diritto di voto. Sin da un secolo prima erano stati in linea di principio esclusi, salvo casi di estrema necessità e ancora qualche eccezione per certi libertini, che erano proprietari fondiari dal servizio nelle legioni. Sono a loro preclusi i sacerdozii, le magistrature, il Senato in Roma e i corrispondenti uffici e corpi municipali. Potevano soltanto nei municipii divenire *sexviri augustales*, una magistratura formale, la cui sola incombenza era di versare un onorario alla cassa comunale come compenso dell'elezione e di dare delle feste al popolo. Sono esclusi anche dall'ordine dei cavalieri.

[3] Essi non divennero capaci di matrimonio con ingenui, come sembra, se non con Augusto nel 736 d. R. Ma anche allora restò loro vietato il matrimonio con persone dell'ordine senatorio. Invece quanto al *commercium* furono sempre parificati agli altri cittadini.

il diritto di portare l'anello d'oro divenuto distintivo dei cavalieri (*ius aureorum anulorum*); in tal caso egli entrava nell'ordine dei cavalieri, ma, se aveva un patrono, rimaneva nel patronato. Oppure poteva invece ordinare che il libertino si fingesse nato ingenuo, e restituirgli così i natali (*natalium restitutio*); in tal caso egli era anche libero dal patronato, a cui fosse sottoposto. Ma appunto perciò la *natalium restitutio* non era possibile che col consenso del patrono. Giustiniano dispose che non più la concessione del principe, ma senz'altro la libertà conseguita importasse il diritto di portar l'anello d'oro, divenuto al suo tempo distintivo degli ingenui, e la *natalium restitutio,* la quale però lasciava ora sussistere il diritto di patronato.

I libertini che avessero conseguita la libertà per atto di manomissione cadevano nel diritto di patronato del manomittente o dei suoi discendenti agnati.[1] Il patronato è un rapporto personale tra manomittente e manomesso simile a quello del figlio di famiglia rispetto al padre di famiglia; questa sua natura dipende certamente, a nostro avviso, dal carattere di adozione della primitiva manomissione. *Sancta et honesta* dev'essere la persona del padre al figlio e *sancta et honesta* dev' essere la persona del manomittente al manomesso. Il quale resta aggregato alla famiglia del patrono; assume quindi il suo nome; e a partire da Augusto anche il prenome suo o, nel caso di manomissione per parte di una donna, il prenome del padre di questa, mentre il cognome o è scelto ad arbitrio dal liberto stesso o gli è dato dal patrono. Il liberto inoltre entra nel comune a cui appartiene il manomittente. Ed è legato a questo da diritti e doveri, in parte reciproci, di carattere famigliare.

Egli ha anzitutto un dovere di ossequio verso il patrono, la patrona e i figli del patrono. Per gli atti contrari ad esso, quali contumelie, ingiurie, calunnie, o per-

---

[1] Già si videro casi in cui il diritto di patronato sorge anche senz'atto di manomissione. Ma la figura del diritto di patronato è determinata dall'ipotesi della manomissione.

cosse, il liberto era sino a Cesare sottoposto al giudizio domestico del patrono, il quale avea su di lui lo stesso potere punitivo, che gli competeva sui servi. Si estendeva quindi sino a potergli infliggere la pena capitale. Dopo Cesare si verificò un distacco tra la disciplina del patrono sui liberti e quella del padrone sui servi. I patroni poterono ancora condannare i liberti inossequenti a una pena, non però capitale, ma doveano farla infliggere dal magistrato. Da ultimo fu ai magistrati riservata oltre all'applicazione della pena anche la condanna. Il patrono non potè più che presentare loro le proprie querele. La pena, a seconda della gravità del fatto, poteva essere la riprensione verbale, la fustigazione, l'esilio, la condanna *in metallum*, la sottrazione di parte dei beni del liberto. Non mai però la ricaduta in servitù sotto il patrono. Soltanto con Claudio entra nel diritto la *revocatio in servitutem propter ingratitudinem.* Egli la comminò pel caso di un liberto che avesse eccitato alcuno a farsi delatore del patrono muovendogli una questione di stato. Costantino estese l'applicazione della pena ad ogni caso di ingratitudine, e ordinò inoltre che i figli nati dal liberto dopo la manomissione dovessero cadere in servitù col loro padre. Giustiniano mantenne la prescrizione. Il liberto potea però riacquistare la libertà per concessione imperiale in seguito a domanda del patrono.

Sono aspetti del debito di ossequio anche il dovere il liberto alimentare in caso di bisogno il patrono, la patrona e i suoi figli, il non poter come regola muovere loro un'accusa capitale, nè chiamarli in giudizio civile senza il permesso del magistrato. Il quale non lo accordava se non *causa cognita*, e lo negava sempre, salvo casi straordinari (ed es. un'atroce ingiuria patita dal liberto), quando l'azione intentata fosse infamante, o quando importasse un'accusa di dolo o di frode. Il magistrato non permetteva al liberto neppure di presentare eccezioni di dolo, di violenza, di timore e l'interdetto *unde vi* contro le persone nominate. Le quali inoltre, condannate dietro azione del liberto, godevano del *beneficium competentiae.*

Il liberto è tenuto, oltre all'ossequio, ad una servizievolezza verso il patrono. Deve ad es. assumere l'amministrazione dei suoi beni, la tutela dei suoi figli e chiedere eventualmente un tutore al pupillo patrono. Fra i servizi che è tenuto a prestare hanno una particolare importanza quelli manuali o professionali, di cui il patrono chiedeva la prestazione a giornate (*operae*). Prestare queste costituiva per il liberto un debito naturale, i limiti e la durata del quale dipendevano dall'età, la dignità, la necessità, la salute così nei riguardi della persona del patrono che di quella del liberto. Il liberto manca al suo debito solo quando, ricevuto l'ordine (*indictio*) del patrono di prestarle, non le presti. Si chiamano *operae officiales,* perchè connesse all'*officium,* al dovere cioè in genere risultante dal rapporto famigliare tra patrono e liberto e serbano codesto nome qualunque sia la loro qualità, anche quindi se consistano nell'esercizio di un'arte, di un mestiere che il liberto coltivi, siano cioè *artificiales.*[1]

Oltre alle *operae* il liberto deve naturalmente al patrono *munera,* ossia doni in determinate circostanze, in cui era di consuetudine prestarli (*natalicium, nuptialicium*), e *dona,* ossia doni in altre straordinarie occasioni.

Poteva avvenire che il padrone esigesse dal servo per manometterlo la promessa di un compenso, normalmente in danaro. Il servo divenuto libero prometteva il compenso pattuito con una stipulazione che era soggetta alle norme ordinarie. Ma chi stava per manomettere un servo poteva anche esigere da lui giuramento che fatto libero gli avrebbe eseguita una data prestazione (normalmente doni od *operae*) non come prezzo, bensì a dimostrazione di gratitudine per la concessa libertà (*libertatis causa imposita*): Il servo manomesso giurava o prometteva con stipulazione quanto già avea come servo giurato di fare. Egli era *religione adstrictus* a far ciò e questo vincolo religioso e più il potere punitivo del padrone bastava a garantire questo che al giuramento del servo sarebbe se-

---

[1] Riproduco in questo punto i risultati delle indagini del MITTEIS, *Zeitschrift der S. S.,* 23, pag. 143 segg.

guito il giuramento o la stipulazione del liberto. Così si spiega la breve durata che ebbe la disposizione del pretore Druso, per la quale si considerava non avvenuta la manomissione, se il liberto si rifiutava a giurare o a stipulare. In forza di questo giuramento o stipulazione il debito naturale del liberto in particolare dei doni o delle opere si convertiva in debito civile. I manomittenti però non si accontentavano di imporre simili prestazioni a dimostrazione di gratitudine per la concessa libertà. Essi approfittavano della necessità in cui erano i servi di tutto promettere, pur di ottenere la libertà, per onerare questa, facendosi promettere da loro ogni più grave cosa (normalmente somme di danaro) per il caso che fatti liberi mancassero ai loro doveri verso di essi (*libertatis onerandae causa imposita*). Il liberto si trovava da simili promesse eccessivamente soggetto al patrono, pel continuo timore che questi non avesse a lamentarsi di essere stato offeso, e dichiarasse verificata la condizione della dura promessa. A questo inconveniente cominciò a porre riparo Rutilio, pretore al più tardi nel 636 d. R., disponendo che non avrebbe accordato azione ai patroni per promesse fatte sotto codesta condizione che se erano di *operae* o di ammettere il patrono ad essere socio di tutti i beni del liberto. In forza di editti posteriori, rimanendo valida la promessa delle *operae*, tutte le altre promesse esatte *libertatis onerandae causa* non originavano azione contro il liberto sin che viveva. Ma il patrono poteva alla morte di esso chiedere o ciò che era stato promesso o la *bonorum possessio dimidiae partis* dei beni del liberto, se questi non avea per eredi figli suoi naturali. Altre promesse, pur non esatte sotto la condizione accennata, ma che vincolavano tuttavia troppo la libertà e costituivano un abuso dei patroni, furono dichiarate invalide da leggi più tarde. La legge *Iulia* e *Papia Poppaea* dichiarò invalida la promessa del liberto di non unirsi in matrimonio. La legge *Aelia Sentia* comminò per codesta ipotesi la perdita del diritto di patronato. La stessa legge vietò al patrono sotto la stessa pena sia di farsi promettere *mercedes operarum* anzichè

operas e sia di far prestare dal liberto le opere promessegli ad un terzo, per percepire da questo la mercede delle opere stesse. Il liberto non dovea prestare sull'ordine del patrono opere a terzi che gratuitamente, e solo allora era concesso al patrono di ottenere dal terzo la mercede, quando per le sue condizioni non potesse godere altrimenti del suo diritto ad esse. Rimase sempre valida la promessa della liberta di unirsi in matrimonio al patrono, se questi nell'esigerla pensava seriamente di unirsi in matrimonio con lei; non se mirava soltanto ad impedirle di collocarsi in matrimonio. La liberta deve sposare in tal caso il patrono anche contro sua voglia.

La liberta non deve più le opere se il patrono acconsentì alle sue nozze: *nam haec cuius matrimonio consensit in officio mariti esse debet;* il liberto non le deve più, se ha due figli nella patria potestà, o anche un solo di cinque anni.

Le XII tavole, l'editto del pretore e le costituzioni imperiali introdussero e svolsero un diritto del patrono e della sua famiglia a succedere nei beni del liberto. Contro gli atti diretti ad eluderlo e renderlo vano furono accordate al patrono le azioni Fabiana e Calvisiana. La giurisprudenza in vista di codesto diritto di successione accordò anche alle persone nominate la tutela sul liberto.

I doveri del patrono verso il liberto si riducono ad alimentarlo in caso di bisogno e a non intentargli di regola alcuna accusa capitale. Se manca ad essi, perde il diritto di patronato.

Questo spetta, come si disse, al manomittente; o se il liberto è orcino, ai discendenti agnati del manomittente. Alla morte del patrono non passa ai suoi eredi, come tali, bensì ai suoi discendenti agnati (*liberi*) siano o no eredi; quelli tra questi che siano diseredati sono esclusi però dai vantaggi economici del patronato; essi cioè non hanno diritto alle opere del liberto, nè alla successione legittima nei suoi beni. Qualora il patrono fosse *capite minutus*, anticamente il diritto di patronato si estingueva; secondo il diritto più recente passava ai suoi discendenti.

Il SC. Ostoriano (46 d. C.) permise al patrono, per il caso che morisse o patisse la perdita della cittadinanza, di assegnare il patronato su di un liberto ad uno o più dei suoi discendenti agnati. In tale ipotesi il patronato non tornava agli altri discendenti agnati che dopo la morte del discendente, a cui era stato assegnato il liberto, e dei discendenti agnati di quello.

Il rapporto di patronato non si estende ai discendenti del liberto.

§ 33. — Il processo sullo stato di libertà e di libertinità.

Il libero che viveva come schiavo potea intentare una lite contro chi si diportava verso di lui come padrone, per far constatare la sua condizione di libero. D'altro lato chi viveva come libero poteva essere citato in giudizio da chi pretendeva di esserne padrone, per far constatare la sua condizione di servo. Non potendo chi è schiavo comparire in giudizio come attore, nè come convenuto, e trattandosi nei due casi di una persona che può essere serva, è da ritenere che non solo chi vive come servo e voglia essere dichiarato libero avesse bisogno che un'altra persona si presentasse in giudizio ad asserire la sua libertà, il che è certo, ma che la stessa necessità di un *adsertor libertatis* avesse luogo anche se si volea far dichiarare servo chi viveva come libero, il che è controverso.[1]

I processi di libertà aveano luogo anticamente nella forma di *legis actio sacramento in rem.* Ad essi si riferisce una celebre disposizione delle XII tavole, secondo la quale, mentre negli altri processi il pretore ha la facoltà di costituire possessore della cosa litigiosa, finchè dura la lite, una qualsiasi delle parti, in questo egli era tenuto a *vindicias secundum libertatem dicere,* a lasciar cioè che la persona, della cui libertà si discuteva, vivesse

[1] V'ha chi ritiene che in quest'ultimo caso il terzo interveniente si chiamasse non *adsertor,* ma *defensor libertatis.*

durante il processo come libero.[1] Servivano a facilitare la constatazione giudiziale dello stato di libertà altre norme speciali a questo processo. Perchè si potesse trovare facilmente un *adsertor libertatis* in un processo, che importava per chi soccombeva la perdita di una somma (*summa sacramenti*) varia secondo che l'oggetto litigioso valeva almeno 1000 assi o meno, fu stabilito che, se anche il valore della persona, sul cui stato si litigava, supponendola serva, toccasse o superasse i 1000 assi, codesta somma fosse sempre la minore, ossia 50 assi. Ad ottenere una procedura più spedita, le *liberales causae* furono tutte devolute per la decisione sino alla fine dell'età repubblicana ai *decemviri litibus iudicandis.* Inoltre si ammise che un processo riuscito contro la libertà potesse essere rinnovato più volte, anzi probabilmente un numero infinito di volte, purchè si presentasse sempre un nuovo *adsertor libertatis.* Si considerò evidentemente l'*adsertor* come la persona litigante e, mutandosi così la persona, parve rispettato il principio *bis de eadem re ne sit actio,* il quale esclude la ripetizione della causa solo se i litiganti siano gli stessi.

È incerto come avessero luogo le *liberales causae* durante la procedura formulare e chi le decideva a partire da Augusto.[2] Appartiene probabilmente ad Antonino Pio

[1] Non si trattava di una disposizione inspirata all'idea di favorire il servo nel senso che, mettendolo o mantenendolo nel possesso della libertà, incombesse al padrone di provare la sua servitù, con l'effetto che, se non riusciva nella prova, il servo continuava a vivere come libero, mentre era servo. Infatti nella procedura per *legis actiones* non vige la massima che l'onere della prova incombe all'attore. L'onere incombe invece ad entrambe le parti. La disposizione ha la sua sola causa in questo che il pretore non poteva far vivere come servo chi poteva essere libero.

[2] Troviamo sentenze da cui risulta che avea acquistato importanza il decidere se colui, del cui stato si litigava, avea la *possessio libertatis,* viveva cioè come libero (e si considerava vivere libero anche chi si trovava in condizione servile per violenza altrui) o avea la *possessio servitutis,* viveva cioè come servo (e si considerava vivere come servo anche chi viveva come libero, sapendosi servo). L'importanza stava evidentemente in ciò che a seconda dei casi toccava al padrone di provare la servitù, o toccava all'*adsertor libertatis* di provare la libertà. Troviamo anche parlarsi di un *praeiudicium an liber sit.* Si

una disposizione diretta a facilitare l'esaurimento delle cause liberali, secondo la quale queste, oltre che rimanere sottoposte alla competenza *secundum ordinem* del pretore, potevano essere giudicate *extra ordinem* dai consoli. Al tempo dei Severi s' istituì anche un *praetor de liberalibus causis*, al quale solo, dopo Diocleziano, rimasero affidate tutte le cause liberali.

Nell'età giustinianea il processo ha luogo senza dubbio in forma di *praeiudicium*. Giustiniano da un lato rese più facili i processi di libertà, dall'altro soppresse una larghezza dell'antico diritto. Li facilitò sopprimendo l'*adsertoris difficultatem;* la persona del cui stato si litiga può agire e difendersi da per sè; può anche nel caso di *vindicatio in servitutem* difendersi per mezzo di procuratore. Ma non ammise che il processo potesse, una volta definitivamente deciso, essere ripreso. I giudizi di libertà restano cioè sottoposti alle regole comuni intorno alla cosa giudicata; onde la sentenza d'appello fa stato di diritto anche per essi. Il che era poi una conseguenza del fatto che comparendo ora, soppresso l'*adsertor*, la persona stessa, del cui stato si questionava, come parte in giudizio, mancava la possibilità di eludere la massima *bis de eadem re ne sit actio* con l'artifizioso ragionamento sovra esposto. Il giudice della *quaestio libertatis*, se pronunciava che la persona era libera, pronunciava inoltre se era ingenua o libertina.

Un processo analogo a quello sin qui descritto avea luogo ab antico sullo stato di libertinità e rispettivamente di ingenuità nelle forme della *legis actio sacramento in rem.*[1] Al tempo della procedura formulare e straordinaria il processo ha la forma di *praeiudicium*. Per la competenza in esso va ripetuto quanto si disse circa ai processi di libertà.

---

ignora però se il *praeiudicium* cadesse sulla questione principale: la libertà o meno della persona; o cadesse sulla questione preparatoria alla trattazione di questa, cioè sul punto se la persona era nel possesso della libertà o della servitù.

[1] Pel caso però di rivendicazione dello stato d'ingenuità la cosa è dubbia v. Karlowa, *Legisaktionen*, pag. 90.

Venute le leggi limitatrici delle manomissioni, sorse l'abuso che padroni, i quali volevano eluderle, si accordassero col servo per condurre un processo di libertà in modo che sembrasse serio, e insieme finisse col riconoscimento della libertà. Allo stesso artificio ricorrevano in genere quante volte fossero interessati a non parere di manomettere. Anche della rivendicazione in ingenuità poteano patroni favorevoli al liberto giovarsi, mediante un accordo analogo con questo, per procurargli un' ingenuità che non avea, contrariamente a tutto l'indirizzo del diritto romano, che è di non permettere che per la volontà del patrono acquisti la posizione d'ingenuo chi non è tale. Reagì contro questo abuso un senatusconsulto, emanato sotto Domiziano, detto *de collusione detegenda,* prescrivendo che chi in un processo condotto in base all'accordo (*collusio*) accennato fosse proclamato libero, mentre era servo, diventasse servo, e chi fosse proclamato ingenuo, mentre era libertino, divenisse liberto di chiunque scoprisse la collusione. Fra più *detectores* contemporanei (non era ammesso infatti che si potesse agire più di una volta a questo titolo) il magistrato sceglieva chi dovea sperimentare l'azione *comparatis omnium moribus et aetatibus et cuius magis interest.*[1] A partire da Marco Aurelio non si può agire per la collusione oltre i cinque anni continui dalla sentenza.

§ 34. — Le persone *in mancipio*.

Il diritto romano ci presenta nelle persone *in mancipio* due casi antichi di servitù, che la costituzione della *civitas* e l'introduzione dell' *ius postliminii* trasformò in condizione di una persona libera simile alla servitù. Trattiamo distintamente di essi incominciando dal più importante e più frequente.

Nel tempo in cui le *gentes* erano autonome e quindi l'una all'altra straniera, il *paterfamilias* che avesse ven-

---

[1] L. 5, § 1, D. 40, 16.

duto in servitù il figlio ad un *paterfamilias* di un'altra gente, usando a ciò della forma intergentilizia di vendita: la *mancipatio*, lo rendeva schiavo presso stranieri, allo stesso modo che storicamente diviene schiavo il figlio da lui venduto *trans Tiberim*.

Federatesi le genti nella città, e divenute poi indipendenti dentro alle singole genti le famiglie, non cessò nei padri di famiglia la facoltà di vendere in servitù i propri figli ad altri padri di famiglia d'altra gente o, più tardi, della stessa gente, ma, non essendo più le genti romane straniere l'una all'altra, questi figli, che si continuarono a vendere colla forma antica della *mancipatio*, non potevano divenire schiavi; restavano liberi; soltanto entravano nella nuova famiglia *servorum loco* e, come tali, soggiacevano ad una potestà che prende il nome di *mancipium*. Era così costituita una situazione giuridica, necessariamente ambigua, come quella in cui si cerca di conciliare idee contraddittorie: l'antica della servitù del mancipato e la nuova della sua libertà, senza naturalmente riuscirci.

Il mancipato subisce una *capitis deminutio minima*, poichè esce dalla sua famiglia.

La vendita poteva aver luogo per fare un lucro riscuotendo il prezzo, o per liberarsi dalla responsabilità di un delitto commesso dal figlio, dandolo a nossa. In questi casi la vendita era seria. Poteva aver luogo anche pro forma (*dicis gratia*) a scopo di emancipazione, adozione, o per liberare la donna dalla *manus*.

Può avere una persona *in mancipio* così un *paterfamilias* come una donna *sui iuris*. Questa capacità della donna si uniforma al concetto che la persona *in mancipio* sia serva.

Il mancipato, non divenendo più schiavo e quindi straniero, resta cittadino ed ingenuo e come tale è inscritto nel censo coll'indicazione però che si trova *in mancipio*. È controverso se conservasse inoltre tutti i diritti e gli offici politici di cui fosse rivestito e la capacità a rivestirli; l'opinione negativa è più probabile. Conserva certamente il *connubium* con le persone con cui lo avea prima;

e quindi non si scioglie, cadendo egli *in causa mancipii*, il suo matrimonio, e può contrarre matrimonio mentre è in essa.

La mancanza di un'idea costitutrice della situazione giuridica della persona *in mancipio* non si rivela altrove così apertamente come rispetto al regolamento della patria potestà in relazione al mancipato e ai figli suoi.[1]

---

[1] Originariamente le cose erano molto semplici. Venendo il figlio venduto in vera servitù, il padre perdeva la potestà su di lui; il figlio che subiva così una *capitis deminutio maxima* non poteva avere la patria potestà sui figli avuti mentre era libero, perchè questi erano e restavano nella patria potestà del padre suo, e non su quelli procreati in servitù, perchè nessuno schiavo diventa *pater* dei suoi figli. La sorte loro era decisa secondo i principii della servitù. Il padre che avea venduto in servitù il figlio potea ricuperare la patria potestà su di esso mediante una *datio in adoptionem* a lui del figlio venduto da parte del suo padrone. Questi cioè glielo mancipava come figlio. Naturalmente questa *datio in adoptionem* non esercitava la menoma influenza sulla sorte dei figli dell'adottato. E non la esercitava neppure la manomissione adottiva del già *filius*, ora servo, da parte del suo padrone.

La trasformazione della servitù del figlio venduto in quasi servitù importò che queste conseguenze logiche non si potessero più trarre e neppure che vi si potessero sostituire altri principii. Colla contraddizione non si ragiona e non si conclude; e qui abbiamo precisamente due idee contradditorie: la libertà e la servitù. Tuttavia prevalse l'assimilazione del mancipato al servo. I Romani mantennero quindi ferma l'idea che il figlio subisce una *capitis deminutio*, riducendola però da *maxima* a *minima* e mantennero gli altri principii derivanti dall'idea che il figlio è servo. Essi si limitarono a porre un argine alla vendita dei figli in servi. Riteniamo infatti che la disposizione della legge delle XII tavole citata nel testo mirasse ad impedire l'abuso consistente in ripetute vendite dello stesso figlio, abuso dipendente dalla possibilità veduta che il padrone del mancipato lo rivendesse come figlio al padre suo, il quale, riacquistata così la patria potestà, poteva rivenderlo. Essa stabilì che dopo la terza vendita non fosse di nessuna efficacia la rivendita a lui del mancipato in figlio. Quando però la vendita dei servi in figli fu impedita, rimase impedita anche quella della persona *in mancipio* in figlio e venne meno il modo di far riacquistare al padre la patria potestà sul figlio venduto. Circa lo stesso tempo anche la manomissione dal mancipio diveniva, da adottiva, liberale. Allora la disposizione in discorso, che ammetteva implicitamente la possibilità di un riacquisto della patria potestà sul manomesso dal mancipio dopo la prima e dopo la seconda vendita, tacendo il suo presupposto, ossia la rivendita del mancipato al padre suo in figlio, fu intesa sancire sempre il riacquisto stesso dopo la mera manomissione. In questa sua nuova

Una disposizione della legge delle XII tavole: *si pater filium ter venum duit filius a patre liber esto,* fu interpretata dai giuristi nel senso che il figlio dopo la terza vendita non ricadesse più sotto la patria potestà, e che la figlia non vi ricadesse dopo una prima. Il figlio manomesso dal mancipio dopo la prima e la seconda vendita ricade sotto la patria potestà, ma da un lato rivenduto subisce ancora sempre una *capitis deminutio minima,* dall'altro i giuristi si mostrano incerti tra l'ammettere che la prima e seconda vendita sospendano la patria potestà, così che questa non faccia che ridestarsi colla manomissione del figlio dopo le due prime vendite; e l'ammettere invece che si estingua ogni volta per rinascere. La questione: se sospensione o rinascita della patria potestà non era pratica che rispetto ai figli del mancipato procreati da lui mentre era *in causa mancipii.* I preesistenti restavano evidentemente nella patria potestà del padre suo. Circa a quelli molto si deve avere disputato. A noi pervenne come opinione generale della giurisprudenza romana questa regola: i figli procreati dal mancipato mentre era nella prima e nella seconda mancipazione cadono nella potestà del padre suo. Quanto a quelli da lui procreati nella terza mancipazione, dalla quale non usciva che per diventar *sui iuris,* la loro condizione è sospesa.

---

forza ora essa non si potea interpretare però che in due modi ugualmente non soddisfacenti. L'uno: la patria potestà estinta per la *capitis deminutio* del figlio rivive *ipso iure* quando il figlio sia manomesso dal mancipio dopo la prima e la seconda vendita, ma si estingue per sempre dopo la terza vendita; e qui non persuade questo rinascere *ipso iure* della patria potestà, senza che intervenga un atto di adozione. L'altro: la patria potestà non si estingue colla vendita; resta solo sospesa; riprende vigore, cessando il figlio di essere *in causa mancipii.* E qui ci troviamo innanzi a un'idea incompatibile coll'altra che il figlio venduto esca dalla famiglia paterna. Se i giuristi esitarono fra le due costruzioni, entrambe insoddisfacenti, e tuttavia le sole pensabili, vanno adunque scusati. Questa possibilità che la patria potestà riprendesse vigore, combinata coll'uso delle mancipazioni *dicis causa,* indusse i giuristi a mutar la situazione dei figli avuti dal mancipato mentre era *in mancipio,* situazione prima ancora decisa secondo i principii della servitù, e finì da ultimo col mutarla, anche nel caso che la patria potestà non potesse riprendere vigore, a favore di codesti figli.

Venendo il mancipato manomesso, entrano nella sua patria potestà; morendo egli *in causa mancipii*, divengono *sui iuris*. Labeone era invece di parere che questi figli cadessero sempre *in causa mancipii* presso chi avea il mancipio sul padre.[1]

Nei riguardi patrimoniali il mancipato è trattato come un servo: non può aver nulla in proprio; ciò che acquista lo acquista per il quasidomino; si obbliga solo naturalmente da affari; si obbliga civilmente da delitti. Il quasidomino risponde per questi con le azioni nossali. Il pretore però provvide a mitigare questo stato di diritto a beneficio dei creditori. Infatti nel caso di obblighi da affari assunti da chi è *in mancipio* sia prima che dopo la mancipazione, egli accordò ai creditori azione direttamente contro il mancipato, fingendo che non fosse stato *capite minutus*. E se il quasidomino non assumeva in solido il processo per il convenuto, accordava ai creditori stessi d'immettersi in quella parte di beni del mancipato che, se fosse stato libero, avrebbe avuti nel proprio patrimonio.

Il quasidomino esercita sul mancipato lo stesso comando e la stessa disciplina che sui servi. Ma anche qui il pretore in considerazione della libertà del mancipato, gli accordò l'*actio iniuriarum* contro il quasidomino, costringendo così questo a *nihil contumeliose facere* contro di lui. L'*in causa mancipii*, in questo caso, si riteneva eccezionalmente in proprietà la somma a cui il domino era condannato a suo favore. Il quasidomino può alienare con *mancipatio* o *in iure cessio* il mancipato; può rivendicarlo e sperimentare l'*actio furti* contro chi glielo rubi. Il

---

[1] L'opinione di Labeone muove da una parificazione del mancipato ad un servo, ma a tal servo che, avendo il *connubium*, può esser padre e quindi comunicare ai figli la propria condizione, se non osti più la patria potestà del padre suo. Onde il contrasto in discorso tra i giuristi dovea estendersi a tutti i casi di estinzione della patria potestà sul mancipato. Quindi nel caso di donna mancipata, Labeone dovea pensare che cadessero sempre *in mancipio* i figli illegittimi avuti da lei durante la sua quasi servitù; gli altri giuristi doveano giudicare che fossero *sui iuris*. I figli legittimi della donna *in mancipio* cadevano in potestà del padre loro.

mancipato come parte del patrimonio del quasidomino può essere oggetto di eredità o legato.

Si esce dal mancipio colla manomissione. I modi di manomettere sono gli stessi in uso pei servi. Ma la *manumissio* è *ex ingenuitate.* E perciò non si applicano al caso le leggi *Aelia Sentia* e *Fufia Caninia.* Al tempo di Papiniano il mancipato era inoltre libero, al pari del servo, se, quando fosse stato mancipato per nossa, avea col proprio lavoro pagato il debito. Dove il figlio non fosse stato mancipato per nossa, cioè quindi per la sua mala condotta o dove il padre avesse dimostrato di non darlo a mancipio che per bisogni transitorii, col pattuire che gli fosse remancipato, fu prescritto che il censore prima e, caduto in disuso il censo, il pretore potessero su ricorso del mancipato dare a questo la libertà anche contro la volontà del quasidomino se questi abusasse del suo potere.

Il figlio mancipato manomesso dopo la terza vendita diviene *sui iuris.* La figlia mancipata lo diviene manomessa dopo la prima.

Il manomittente ha sul mancipato manomesso divenuto *sui iuris* un quasi diritto di patronato, che viene in considerazione per la tutela e l'eredità.

Abbiamo sin qui descritta la figura dell'*in causa mancipii* in relazione all'ipotesi predominante di essa: la vendita del figlio. Ma, come si disse, ve n'avea un'altra costituita dalla *redemptio ab hostibus.* Intorno a questa troviamo nel diritto giustinianeo le seguenti disposizioni. Il prigioniero romano che alcuno riscattò con atto a titolo oneroso dal nemico, purchè non l'abbia riscattato come prossimo parente *pietatis ratione,* ricupera bensì *iure postliminii* la libertà, ma non gode subito di essa; egli si trova invece sottoposto alla potestà del suo redentore, non già nel senso che sia suo servo; si dice anzi *quamvis placeat hunc servum non esse,*[1] ma nel senso che è sottoposto ad un *vinculum pignoris* a favore del redentore finchè non abbia pagato il prezzo del riscatto. Il vincolo consiste in ciò che il redentore trattiene presso di sè il riscattato;

[1] L. 20, § 1, D. 28, 1.

può adire l'autorità per ricuperarlo, se gli sfugge, e può cederne il possesso ad altri; il redento è anche oggetto di eredità o legato. L'acquirente del redento a qualsiasi titolo non può pretendere da lui per liberarlo un prezzo superiore a quello pagato dal redentore per il riscatto. Il pegno non si estende ai figli illegittimi avuti dalla redenta mentre è in potestà del redentore, nè ai figli *in potestate* del redento. Esso cessa col pagamento, colla remissione del debito (e una tale remissione si vedeva anche nel matrimonio fra le due parti redentrice e redenta), colla prostituzione della redenta per fatto del redentore. Morendo il redento, vinse l'opinione che nell'istante della morte si sia sciolto il pegno e che a suo favore si sia allora verificato pienamente il postliminio, contro una diversa opinione, secondo la quale occorreva a ciò ancora il pagamento del prezzo del riscatto. Secondo una costituzione di Onorio ed Arcadio del 409 d. C., i redenti privi di patrimonio si liberano dal vincolo servendo per cinque anni presso il redentore.

Questa ambigua condizione di persona libera in una specie di pegno non è che una trasformazione di un caso di *mancipium*, sottoposto in generale alle stesse norme vedute pel caso di vendita del figlio, nato dall'uso di comprar servi dal nemico. Se questi servi erano prigioni appartenenti di nazione prima alla gente riscattante,[1] poscia alla città, divenivano, poichè fu introdotto l'*ius postliminii*, liberi, ma erano posti in condizione di quasi servi di chi li riscattava. Il redento entrava per tutto il diritto pregiustinianeo sotto il *mancipium* del redentore; soltanto nel diritto classico la sua situazione era resa probabilmente più mite dalla necessità imposta al redentore di manometterlo, se gli avea fatto acquistare, non col patrimonio del redentore stesso, quanto almeno equivaleva al prezzo del riscatto. Giustiniano escluse che il redentore acquistasse il patrimonio del riscattato e che il *mancipium*, secondo l'opinione di Labeone veduta, si

[1] Questo caso di *mancipium* è supponibile nella vita precivica e si presenta quindi come il più antico.

estendesse alle persone non riscattate in potestà del riscattato stesso o ai figli illegittimi della redenta avuti da lei dopo il riscatto; in conseguenza volle abolita la designazione di *mancipium* per la potestà sul redento e vi sostituì l'idea di un *vinculum pignoris*, idea assurda non potendo essere una persona libera in pegno.

Nel diritto postclassico fu abolito il diritto dei padri di dare i figli a mancipio se non *dicis causa* o per nossa. Avendo poi lo sviluppo del diritto sostituite le mancipazioni *dicis causa* con altri mezzi ad esse equivalenti nei risultati, e avendo Giustiniano da ultimo abolito la *noxae datio* dei figli, e trasformate al modo veduto le regole sulla *redemptio ab hostibus*, in diritto giustinianeo la figura della persona *in causa mancipii* non esiste più.

§ 35. — *Liber homo bona fide serviens; mercennarii.*

Sono due casi di restrizione della libertà personale di un libero, che non sono un prodotto della vita cittadina, ma che si connettono per le origini alla vita famigliare. Studieremo quelli prodotti dalla vita cittadina trattando della *civitas*.

Liber homo bona fide serviens Potea facilmente avvenire che alcuno tenesse presso di sè come servo chi in buona fede si riteneva servo, mentre non era. Essendo principio antico che la libertà è imprescrittibile, costui restava libero. Ma era pur necessario tener conto dello stato di fatto ch'egli si era diportato come schiavo e che come di schiavo se ne era giovato il padrone. Ciò specialmente nei riguardi patrimoniali, per non trovarsi altrimenti, scoperta la sua libertà, a dover togliere di mezzo tutti gli acquisti fatti per mezzo di esso dal padrone. La giurisprudenza, ad imitazione di ciò che avea fatto per il servo in proprietà di uno e in usufrutto d'altri, stabilì un temperamento: volle acquistato al padrone tutto ciò che il *l. h. b. f. s.* avea acquistato colle opere proprie ed *ex re eius cui servit* e non il resto. Forse in

origine non occorreva, certo occorse durante l'età classica avanzata, perchè fosse applicato questo principio, che anche il padrone fosse in buona fede.

Mercennarii. I liberi locatori delle proprie opere che si trovassero presso il conduttore erano anch'essi quasi servi sottoposti al suo potere disciplinare. Questa dipendenza personale importava che non nascesse *actio furti* per i furti da loro commessi contro il padrone.

Capo III.

LA FAMIGLIA.

§ 36. — La *Gens*.

L'idea di *libertas* non ha un contenuto positivo, ma negativo.[1] Libero è chi non è schiavo. Nelle società attuali, in cui schiavitù non esiste più, il termine libertà non designa perciò nessuna situazione giuridica di una persona. Noi non parliamo di liberi, ma di uomini.

L'organizzazione sociale primitiva romana dei liberi è la *gens*. Un'unione di *gentes* costituì la città, la quale si ampliava in origine solo per aggregazione di altre *gentes*.

I Romani definiscono la *gens* ora come un gruppo di persone discendenti per giuste nozze nella linea maschile da un capostipite lontano estinto, del quale esse portano tutte il nome; ora invece come un gruppo formato di quelle persone che portano un nome comune. La prima definizione esprime il divenire della *gens*, come se lo raffiguravano necessariamente gli antichi; la seconda il suo

[1] Il giurista romano, che tentò di definire positivamente la libertà come: *naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur* (l. 4 pr. D. 1, 5, Fior.), e i compilatori che ripeterono nelle istituzioni le sue parole (§ 1, 7, 1, 3) danno perciò una definizione, della quale fu giustamente detto che non ha alcun significato in linea di diritto pubblico, nè in linea di diritto privato (Müller, *Inst.*, § 52, n. 2).

essere. Il primo naturale aggruppamento umano era per i Romani, fermi da tempo immemorabile nel principio che solo le giuste nozze determinano la paternità, l'unione sotto il potere sovrano del padre di tutti i suoi discendenti generati in giuste nozze nella linea maschile. E non ammettevano quindi che potesse ampliarsi di diverse persone, se non fingendo che esse ne fossero discendenti a codesto modo; ciò avveniva colle adozioni in figlio, nipote, ecc. di liberi o di servi, e coi matrimoni *cum manu*, per i quali una donna estranea alla famiglia entrava nella potestà del capo della famiglia in posizione di figlia. Trovandosi ora innanzi all'organizzazione gentilizia, i Romani non poteano definirla dal punto di vista della sua genesi che movendo dall'idea che essa fosse formata dai discendenti al modo veduto da un capostipite lontano estinto (ai discendenti naturali pareggiavano implicitamente gli artificiali), così che, se questo capostipite esistesse, si troverebbero raccolti tutti sotto il suo potere. Ma i membri delle singole genti questa discendenza vera o finta non la poteano provare. E quindi la definizione pratica della *gens*, quella che dovea servire a stabilire chi era gentile di una data gente o meno, non poteva mettere in rilievo che la comunanza del nome.

Nè l'una, nè l'altra definizione dà il vero carattere storico della *gens*. Come le *gentes* si fossero formate i Romani non sapeano. La comunanza del nome era il criterio per giudicare della gentilità e non più. La gente era veramente costituita da un insieme di persone, che formavano un'unica nazione, un unico popolo; esprimevano quest'appartenenza portando lo stesso nome, e spiegavano la formazione della loro unità nazionale supponendo di discendere da un capostipite comune necessariamente mitico.

Si entrava in una gente nei tempi storici per discendenza in giuste nozze in linea maschile da un gentile di essa gente o per via di assunzione di persona estranea alla gente a figlio di un gentile di essa. Si usciva dalla gente, entrando in un'altra o perdendo la gentilità col divenire plebeo (il che avveniva per rinuncia alla gentilità) o straniero.

Dalle dichiarazioni degli antichi si trae circa alla costituzione e funzione della gente queste notizie. I gentili di una gente portano tutti, come si è detto, il medesimo nome; hanno sepolcri, feste religiose e culto divino propri. Costituendo essi un popolo, il culto si avvicina per l'indole al culto dello Stato e si allontana dai culti delle singole famiglie. Devono prestarsi reciproco aiuto e vendicare l'uccisione di uno di loro da parte di persona di una gente diversa; sono chiamati dopo i *sui* e gli agnati all'eredità intestata, alla tutela e alla cura del congentile. La gente ha diritto di infliggere ai suoi membri pene e di emanare dei decreti relativi ad essi (*decreta gentilicia*). Ad es., delibera che non possano più portare un dato prenome.

Queste notizie, che si riferiscono alla gente com'era in tempi storici, vanno integrate con altri risultati, che si traggono sia dalle istituzioni giuridiche di Roma, sia dal raffronto con tutte quelle unità che corrispondono presso altri popoli alle genti romane (es. i *clans* celtici) per ottenere la figura primitiva di queste. E allora la gente ci appare come un popolo, che tiene in proprietà collettiva un distretto territoriale, sul quale risiede in modo stabile, e inoltre gli schiavi e il bestiame da lavoro. È molto verosimile che la gente avesse in origine un capo (*pater gentis*) che esercitava su di essa gli stessi poteri che furono esercitati poi sulla *civitas* dal Re. La gente, come unità politica, guerreggiava, faceva le paci, legiferava, si diportava in genere come un popolo autonomo.

Costituita la *civitas,* questa assorbì le funzioni politiche della gente, come quelle che non potevano essere lasciate ad essa senza che venissero meno gli scopi stessi della federazione. Perciò nelle epoche storiche troviamo tanto rilassamento nella costituzione e nei poteri della gente, tanto indebolimento dei rapporti gentilizi. Invece acquistarono maggiore indipendenza le famiglie, di cui si farà parola più innanzi.

Formano un aggregato della gente i clienti. *Cliens* deriva da *cliere* = udire. Notizie positive intorno ai clienti sono queste: ogni cliente è addetto ad una determi-

nata gente. Esso ne porta il nome e partecipa passivamente alle sue cerimonie religiose. Ha un patrono. Il rapporto del patrono al cliente è un rapporto di potestà simile a quello da patrono a liberto. Ma, differentemente da questo, è rapporto d'indole sacrale, che impone al patrono di proteggere il cliente e di non danneggiarlo. Le XII tavole disponevano in proposito: *patronus si clienti fraudem faxit diti patri sacer esto*. Nella scala degli *officia* l'*officium* del patrono verso i clienti precede quello verso i cognati ed è posteriore solo a quello del tutore agnato verso il pupillo. Il cliente o non poteva comparire in giudizio, così che dovea il patrono agire per esso (come è più probabile) o almeno dovea essere assistito in giudizio dal patrono. I patroni soleano concedere a precario ai clienti il godimento di loro fondi. In certi casi doveano fare testimonianza a loro favore. Usavano anche far loro dei doni (*strenae, sportulae*).

Il cliente in ricambio è obbligato a seguir in guerra il patrono, a concorrere a riscattarlo dalla prigionia, e a contribuire alla spesa che dovesse sostenere in conseguenza di un processo perduto o di una multa a cui fosse condannato. Dovea anche aiutarlo a dotare la figlia; non citarlo in giudizio, non votare mai contro di lui nei comizi.

Il rapporto di clientela è ereditario ed insolubile da entrambe le parti nella discendenza agnatizia.

Le opinioni sulle origini del rapporto di clientela sono disparatissime. La visione recente del carattere originario della *gens* e della *civitas* permette tuttavia una facile soluzione del quesito. I clienti sono un'istituzione precivica al pari delle genti. Si ebbero, quando una gente accolse sotto la sua protezione delle persone, alle quali in cambio domandò dei servigi. Anzi che pensare con molti che queste persone fossero popoli vinti, giova pensare a popoli deboli che invocarono la protezione di una gente e sciolsero la propria unità politica per seguirne i destini. Tutt'altro che il rapporto di clientela sia nato sul suolo romano per un assoggettamento dei suoi primitivi abitatori, è molto più probabile che già le genti romane abbiano trascinato seco clienti nelle loro migrazioni, in capo alle quali si sta-

bilirono su codesto suolo. L'invocazione del patrocinio di una gente resta anche in epoche storiche il modo certo di divenire, non essendolo per nascita, cliente. Finchè la gente ebbe un capo, era questi il patrono dei clienti. Scomparso il capo della gente, i clienti doveano trovarsi distribuiti nelle singole famiglie e aver per patrono il *paterfamilias* rispettivo. Sul modo però con cui risultava determinata la persona del patrono le fonti sono mute.

La costituzione della *civitas* importò che ci fosse un nuovo popolo e quindi anche dei clienti di questo nuovo popolo, ossia del Re. Questi clienti furono i plebei. La loro dipendenza dalla *civitas* importava l'indipendenza loro dalle *gentes*, onde, mentre la natura del rapporto li accomuna ai clienti delle genti, la diversità del patrono li separa e li oppone.[1]

La condizione di disorganizzazione dei clienti delle genti, come dei clienti della città, la loro aggregazione e non partecipazione a codesti gruppi importò che nè gli uni, nè gli altri avessero un diritto proprio o partecipassero al diritto dei gruppi stessi se non in quanto veniva loro concesso di parteciparvi. Pel resto viveano secondo norme consuetudinarie aventi mero valore di fatto. Soltanto allorchè in linea di diritto pubblico i clienti delle *gentes* valsero come i clienti della città e tutti insieme formarono la plebe nel senso pubblicistico della parola, ossia la massa delle persone che non erano gentili (patrizi), ammesse come *cives* a votare nei comizi, il diritto privato dello Stato si comunicò a tutti loro, salvo l'eccezione del diritto di connubio coi gentili, sparita però anch'essa nel corso del tempo. Ma ai plebei fu applicato appunto il diritto della città ossia diritto gentilizio. Il diritto privato di Roma è infatti sempre uno svolgimento del diritto gentilizio, nel senso che non appare traccia di

---

[1] Sulle varie cause delle condizioni di plebeo e di cliente e sulle modificazioni subíte da queste nel corso del tempo sia in sè, sia l'una rispetto all'altra non è qui il luogo di occuparci. È materia che appartiene al diritto pubblico. Avvertiamo soltanto che, divenuta la manomissione liberale, i liberti furono, a nostro avviso, clienti della città.

alterazioni recate in esso per un'introduzione di una corrente di diritto plebeo. Allora i plebei pretesero anche di avere *gentes*. E in realtà una volta che essi erano distribuiti in famiglie, pareva naturale che lo scindersi di una famiglia in nuove numerose famiglie dovesse generare aggruppamenti gentilizi, costituiti e retti come le genti patrizie. I plebei avanzarono infatti codesta pretesa. Ma la avanzarono in un tempo in cui già i legami gentilizi entro il patriziato erano divenuti debolissimi. Perciò una gentilità plebea non arrivò a costituirsi. La plebe non si distribuì in *gentes*. Emersero soltanto in essa delle famiglie (*stirpes*), che formarono un'aristocrazia ereditaria plebea. Le così dette *gentes plebeiae* che portano un *nomen gentilicium* non sono che una caricatura delle antiche *gentes* patrizie e possono al più aver contato agli effetti del sistema di successione ereditaria, della tutela e della cura ad esso connesse.

Nei riguardi del diritto privato i plebei, una volta ammessi al *connubium* coi patrizi, sono pareggiati a questi, salvo circa le forme d'acquisto della *manus*. Perciò in tutto il resto della nostra esposizione non avremo più a parlare di clienti e di plebei e di patrizi. Per il diritto privato romano storico non ci sono che cittadini e categorie di cittadini, non determinate da altro che dal rapporto da nazione dominante a masse di persone protette.

§ 37. — La famiglia *proprio iure* e *communi iure*.

Sebbene anche la *gens*, come si disse, sia designata talora dai Romani col nome di *familia*, tuttavia questo è da loro riserbato comunemente ad un gruppo minore: la familia *proprio iure*, alla quale noi daremo per antonomasia il nome di famiglia, e al complesso di certi agnati, che chiamano *familia communi iure* e che noi chiameremo famiglia agnatizia.

Mentre l'organismo gentilizio si presenta nella storia di Roma in continua decadenza, tanto che già nel primo secolo dell'impero non esercita più alcuna funzione e la

gentilità esprime soltanto una parentela civile di secondaria importanza fra certe persone, la famiglia romana si serba sino a Giustiniano un organismo sociale vivo ed attivo. Essa è l'insieme delle persone soggette al potere del capostipite loro comune vivente (*paterfamilias*), da cui discendono o si considerano discendenti in linea maschile per giuste nozze.

La famiglia si presenta adunque come un organismo naturale nel senso che non solo ha il suo nucleo principale nelle persone collegate da un rapporto reale di sangue, ma questo rapporto si finge anche nelle persone artificialmente incorporatevi. Delle quali perciò si dice che diventano cognate delle persone, a cui diventano agnate. Essendo concepita come unità naturale, la famiglia romana è animata da spiriti, da sentimenti, da doveri identici a quelli propri della società domestica attuale alla quale sola riserbiamo ancora il nome di famiglia.

Vero è però che ciò nonostante restano più fatti per i quali la famiglia romana si distingue essenzialmente dalla famiglia odierna. Essa è un organismo chiuso ben delineato dalla soggezione dei suoi membri alla potestà del capo. Se questa cessa per tutti, essa si scioglie. Se cessa per alcuno, questi esce dalla famiglia. Ma non cessa per raggiungere d'età del sottoposto. E pesa ugualmente su tutti i sottoposti, siano prossimi o remoti discendenti o come discendenti del capo. Essi sono tutti *filii familias* o in luogo di *filii familias*. In luogo di figli sono la moglie del capo e le mogli dei suoi *filii* se siano entrate nella sua potestà; le quali assumono le parentele determinate dalla loro finta discendenza da lui. Così la moglie sua, essendo *loco filiae* a lui, è *loco sororis* ai figli che ne ebbe. La potestà in discorso ha la più ampia estensione; va, come quella del Re sui cittadini, sino a comprendere il diritto di vita e di morte. Somiglia al potere regio anche in questo che il padre è tenuto a convocare in date circostanze un consiglio, prima di deliberare; è responsabile per i delitti dei figli o in luogo di figli da loro commessi a danno d'altre famiglie ed è il sacerdote della famiglia, la quale forma un'unità sacrale. Egli solo infine

può avere un patrimonio; mentre i sottoposti non poteano avere nelle età storiche attività patrimoniali e nelle preistoriche probabilmente neppure passività.

Questa descrizione del potere del *paterfamilias* sui discendenti o come discendenti non rende ancora tutto l'aspetto e il carattere della potestà del capo della famiglia e della famiglia. Conviene aggiungere che anche le cose, gli schiavi e le persone *in mancipio* destinati a servire all'organismo famigliare sono in assoluta balía del padre. Anzi il suo potere non era originariamente diverso secondo che cadeva sulle persone dei *filii* o delle mogli che fossero *loco filiarum*, o cadeva invece su codesti elementi patrimoniali della famiglia. Un solo nome in origine lo designava in ogni caso: *manus*, che significa sovranità. Soltanto nel corso del tempo questa sovranità differenziandosi nel suo esercizio a seconda della natura e della destinazione dei suoi oggetti, finì col differenziarsi anche nei nomi. Il potere sui *filii* prese il nome di *patria potestas;* sugli schiavi di *dominica potestas*, sulle persone *servorum loco* di *quasi dominica potestas* o *mancipium;* sulle cose di *dominium*, laddove il nome di *manus* rimase a significare la soggezione delle mogli *loco filiarum*, non senza però che l'antico significato generale di *manus* non importi che di *manus* si parli talora anche in altri casi di soggezione.

Evidentemente adunque la famiglia romana è ordinata e tenuta insieme dal riguardo a necessità e opportunità che vanno ben oltre quelle dell'allevamento ed educazione della prole e della disciplina interiore, le quali sono a base dell'ordinamento giuridico attuale della società domestica. La famiglia romana è come un piccolo Stato ordinato a monarchia assoluta ed a vita, nel quale il *pater* è il sovrano, e i *filii*, le persone *loco filiarum*, i servi, e le persone *loco servorum* sono i sudditi. Il suo ordinamento e funzionamento interno ha così carattere politico. Il diritto di vita e di morte del padre su codesti sudditi non è che l'*ius gladii* competente ai sovrani di Stati. La responsabilità del *pater*, cioè della famiglia, verso altri gruppi ricorda la responsabilità attuale degli Stati per

lesioni d'altri Stati compiute dai loro sudditi. Perciò si dice, e si dice bene, che la famiglia è un gruppo politico simile alla *civitas.*[1]

Alla morte del padre di famiglia, e così pure, salvo il caso d'arrogazione, quando sia *capite minutus*, i *sui* cioè tutti i discendenti o come discendenti suoi prossimi a lui di grado nelle singole stirpi (ad es. i figli, la moglie sua *in manu*, i figli e la moglie *in manu* di un figlio premorto) divengono indipendenti e *personae sui iuris*, mentre prima erano *alieni iuris*. I maschi divengono *patresfamilias*, anche se non esista persona su cui possano esercitare la patria potestà, per la possibilità di averla in seguito. Se invece hanno discendenti naturali o come discendenti adottati dal defunto a discendenti di loro (ad es. come nipoti) esercitano su di questi la patria potestà prima esercitata dal defunto. Ed esercitano sulla moglie propria e su quella dei loro discendenti naturali o adottivi la *manus* che prima era esercitata dal *paterfamilias* estinto. Le femmine, non potendo essere capi di famiglia, diventano bensì *sui iuris*, ma vengono sottoposte alla tutela di chi è loro prossimo agnato. I maschi di una famiglia restano adunque sempre come padri o come figli in una famiglia; le donne non vi restano che se non divengono, per la morte o la *capitis deminutio* del *paterfamilias*, *sui iuris*. Altrimenti rimangono fuori dell'antica come di ogni nuova famiglia. Si vide come tuttavia si attribuì a loro uno *status familiae*.

La famiglia agnatizia è formata di tutte le persone, che si troverebbero riunite sotto la potestà di un dato *paterfamilias* dell'esistenza del quale si ha la memoria e le prove, se questi non fosse mancato.[2] Queste persone

---

[1] Non conviene però esagerare in questa parificazione. Il *pater* ha nella massima parte a sudditi i discendenti del suo sangue, ciò che non è del Re. Il consiglio suo non è formato come il consiglio del Re (il Senato) da persone predeterminate e sempre investite di questo ufficio. Assemblee della famiglia non esistono, mentre esistono della *gens* e della *civitas*. Nè si trova traccia sicura di guerre di difesa o di offesa combattute tra famiglie.

[2] Così la famiglia agnatizia è più o meno estesa a seconda che le persone possono provare il grado di loro discendenza da un

si dicono *agnati* tra loro, nome che competeva del resto anche a quelle che si trovavano attualmente sotto la patria potestà o la *manus* dello stesso *paterfamilias.* V'ha chi sostiene che in tempi antichissimi codeste persone, anzichè essere distribuite in varie famiglie indipendenti, si mantenessero unite, formando un gruppo a sè, che starebbe fra le *gens* e la famiglia e a cui si dà il nome di gruppo agnatizio. Gli indizi recati a favore di questa ipotesi non sembrano tuttavia molto concludenti.[1] La famiglia degli agnati non è un gruppo, ma una categoria di parenti civili. L'importanza della parentela civile si manifesta prevalentemente nei riguardi della successione ereditaria e della tutela.

---

capostipite. Altri ritiene a torto che vi fosse un limite di generazioni, oltre il quale la famiglia agnatizia non si estendeva.

[1] Contro questa ipotesi sta che non vediamo mai nelle memorie menzionati gli agnati come gruppo. Non si può vedere una menzione simile nel ricordarci Servio (in Verg. ecl. 4, 43) una legge di Numa, la quale prescriveva che se alcuno avesse ucciso per negligenza uno degli agnati *pro capite occisi agnatis eius in contione offerret arietem.* Sotto il nome di agnati qui vanno probabilmente i gentili. La legge delle XII tavole chiama alla successione l'*agnatus proximus* e non gli agnati come gruppo, mentre chiama invece alla successione i gentili, perchè costituivano veramente, per essere organizzati, un gruppo. Nè vale l'invocare l'esistenza presso altri popoli del gruppo agnatizio, poichè presso di questi è distinto dal gruppo maggiore delle persone, che portano lo stesso nome, da un grado di parentela civile, entro il quale solo le persone appartengono al gruppo minore. In Roma non si trova posto limite al rapporto di agnazione. Questo si estende sino ad abbracciare nella categoria degli agnati tutti i gentili. Nè par probabile che la *gens* raccolta sotto un *pater gentis,* ammettesse subito sotto di sè gruppi vasti formati di tutte le persone che aveano memoria certa di un capostipite comune, dominati anch'essi da un capo; come non par probabile che a sua volta sotto al gruppo agnatizio si trovassero i gruppi famigliari. Il meglio si è ritenere che l'unità gentilizia non comprendesse che i piccoli gruppi costituiti dalle *familiae proprio iure.* Quella era fondata sulla patria potestà del fondatore mitico della stirpe; questi sulla patria potestà di persona vivente. L'idea di un gruppo organizzato sulla base della patria potestà di persona estinta, di cui si ha memoria, non persuade anche per questo, perchè per i gentili il fondatore mitico era un fondatore storico. Il solo argomento contro queste nostre deduzioni sta nel chiamarsi anche il complesso degli agnati *familia* come la *gens* e come la famiglia. Ma l'idea di *familia* suppone anche quella di organizzazione?

§ 38. — La parentela di sangue. I gradi di parentela civile e naturale.

La parentela di sangue o naturale (*cognatio*) non è base di un gruppo sociale in Roma mai; e in particolare non ha alcuna relazione coll'istituto della famiglia. Si usa parlare di una famiglia naturale fondata sulla cognazione, in antitesi alla famiglia civile fondata sull'agnazione. Ma i Romani per *familia* non hanno mai inteso altro che la famiglia civile. La discendenza di sangue rispetto alla madre è determinata dal parto; rispetto al padre, come regola, dal matrimonio, il che importa che il maschio non possa aver figli se non agnati. Solo in qualche riguardo è determinata quanto al padre anche dal concubinato e contubernio o basta ogni prova di procreazione.[1]

La cognazione ebbe importanza giuridica minima alle origini; ma che andò progressivamente aumentando.

Già ab antico il figlio che colpiva il genitore suo naturale era sacro *divis parentum*, pena rimasta in vigore sino alla legge Cornelia *de iniuriis*. La legge Pompeia *de parricidiis* sottopose l'uccisione dei prossimi cognati (ed anche affini) alla pena stabilita dalla legge Cornelia *de sicariis*. L'*officium* dei figli verso i genitori precede tutti gli altri. In corrispondenza v'ha fra genitori e figli un diritto alimentare reciproco (che esiste talora anche fra fratelli e sorelle). I figli devono inoltre astenersi dall'intentare un'*actio famosa* contro i genitori; le altre azioni non possono intentarle senza il permesso del magistrato; i genitori godono in ogni caso contro i figli del *beneficium competentiae*. I figli hanno un'azione per

---

[1] I figli non generati in matrimonio si dicono *spurii, vulgo quaesiti* o *concepti* ed anche *naturales*. Non si considerarono cognati alla madre i suoi figli adulterini o incestuosi a partire da una costituzione di Onorio ed Arcadio (a. 396) abrogata però dalla Nov. 12. Giustiniano volle non considerati per tali neppure i figli illegittimi, salvo quelli da concubinato, avuti da donna nobile se questa abbia figli legittimi. Codeste prescrizioni aveano importanza particolare in materia di successioni.

farsi riconoscere ed alimentare dai genitori; i genitori possono contro la volontà del figlio rivendicarlo in libertà se è nel possesso della servitù; e lo stesso può il figlio rispetto ai genitori. Questo diritto compete del resto anche ad altri cognati. La cognazione produce un impedimento al matrimonio entro certi gradi (il che valeva però anche per le cognazioni servili); dà diritto ad essere chiamati a partecipare a quel consiglio di parenti e di amici che il *paterfamilias* dovea convocare secondo i *mores* per condannare il figlio, la moglie; permette di accusare l'uccisore del cognato, esenta dal far testimonianza o dal sedere come giurato in un processo criminale contro il cognato; obbliga a piangere il cognato morto per il tempo stabilito dalla legge; è causa di esenzione da certe leggi restrittive (la legge Furia sui legati e Cincia *de donis et muneribus*). Nel diritto pretorio la cognazione è titolo per acquistare la *bonorum possessio* e in generale il diritto ereditario come quello della tutela va svolgendosi nel senso che sempre più diviene titolo a succedere nei beni e ad aver la tutela la qualità di cognato e sempre meno quella di agnato. Nel diritto giustinianeo in questo rapporto lo sviluppo è intero. La base della successione è in esso la cognazione. I figli da concubina poterono anche essere legittimati. Fu pure ammesso un reciproco diritto alimentare tra i genitori concubini e i figli loro ed un diritto di successione ab intestato nelle ipotesi che vedremo. Dell'importanza della cognazione nel caso di adozione secondo il diritto giustinianeo si tratterà nella materia dell'adozione.

I gradi di parentela di sangue come quelli di parentela civile (si ricordi che l'agnazione presuppone una cognazione vera o finta) si computano in base al principio *tot gradus quot generationes* (atti generativi). Le persone che derivano l'una dall'altra formano la linea retta (*linea recta*), nella quale si distinguono quindi discendenti e ascendenti; le persone che derivano dalla stessa terza persona formano la linea trasversale (*linea transversa*); esse si dicono parenti collaterali. In base al principio suesposto, i gradi di parentela si contano nella linea retta, salendo o

discendendo; nella linea collaterale salendo in una linea retta dalla persona di cui si vuole stabilire la parentela con un'altra al capostipite comune e discendendo per un'altra linea retta sino all'altra. Così il nipote al nonno risulta parente in secondo grado; allo zio in terzo.

L'affinità, cioè il legame tra un coniuge e i parenti dell'altro, non dura che finchè dura il matrimonio ed ha importanza solo come impedimento matrimoniale e come causa di dispensa dal far testimonianza e dal seder come giurato criminale in processi contro affini.[1]

§ 39. — Concetto del matrimonio e suoi requisiti.

Fondamento della parentela civile come della naturale è il matrimonio.

Sorge il matrimonio quando un uomo *a*) dispone di una donna; *b*) al fine di una perpetua e piena unione di vita con essa.[2]

a) La disposizione della donna, come ogni disposizione, domanda al suo nascere un elemento di fatto e un elemento psichico.

L'elemento di fatto della disposizione coniugale consiste nell'essere la condotta della donna subordinata alla volontà del marito.[3] Variarono nel tempo le circostanze

---

[1] Affini sono detti nelle fonti anche i coniugi tra loro. Ma l'affermazione di questa affinità non ha importanza, confondendosi col rapporto coniugale.

[2] Le fonti danno due definizioni di matrimonio, l. 1, D. 23, 2; § 1, I. 1, 9, dove è messo bene in rilievo lo scopo matrimoniale, ma non è rilevata affatto la disposizione della donna per parte dell'uomo; vi si parla invece di congiunzione dell'uomo colla donna, quasi che nel matrimonio romano si avesse una società coniugale. Le riproduciamo: *nuptiae sunt conjunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio* (l'ultima frase non è esatta che per il matrimonio *cum manu*); — *nuptiae sive matrimonium est viri et mulieris conjunctio, individuam consuetudinem vitae continens.*

[3] Non occorre adunque che la donna si unisca carnalmente al marito (sul che non v'ha controversia) e neppure che entri nella sua casa; e questo è da molti scrittori negato in base alla l. 5, D. 23, 2; l. 66, § 1, D. 24, 1; PAUL., *Sent.*, 2, 19, 8. Questi testi ammettono

richieste perchè codesta subordinazione si considerasse stabilita. Alle origini si esigeva che la donna entrasse *loco filiac* nella famiglia del marito, subisse cioè coll'intervento del padre o tutore suo la *conventio in manum matrimonii causa.* La sua subordinazione domestica parea requisito necessario e sufficiente della sua subordinazione coniugale, impostale dal marito o dal padre di questo. Poscia bastò che il padre della donna, se questa era *alieni iuris,* o il tutore suo, se era *sui iuris,* la volessero tenere a disposizione del marito, pur lasciandola nella sua famiglia. Perciò non v'ha matrimonio senza il consenso del padre o del tutore della donna. Infine la donna non parve subordinata al marito che se essa stessa volea essergli subordinata e si esigette quindi al matrimonio anche il suo consenso. Questo però lo si presuppone nel caso di marito sceltole dal *paterfamilias* suo. Una ribellione della donna ai voleri paterni fu ammessa solo in rari casi.[1]

L'elemento psichico della disposizione consiste nella volontà dell'elemento di fatto descritto. Questa volontà dovea essere del marito, se era *sui iuris;* anche del padre suo, se era *alieni iuris;* ma in antico la volontà del figlio si riteneva presente, quando ci fosse quella del padre; solo da ultimo si volle che il figlio la dichiarasse spontaneo. Perciò ancora non v'ha matrimonio senza il consenso del marito, e, se questi è *alieni iuris,* del padre suo.

Nell'impero tra queste volontà necessarie al matrimonio si presentano in prima linea quelle dei coniugi, e in seconda quelle dei padri loro e del tutore della donna.

---

che la donna entrata nella casa del marito assente sia sua moglie; non lo sia finchè essa ne sta assente. Io credo tuttavia che le sentenze siano inspirate alla considerazione che una donna che può entrare in casa del marito e non vi entra, mostra di non tenersi ancora a sua disposizione. Si avrebbe la stessa decisione se il marito ordinasse alla donna di attenderlo dove si trova e la donna obbedisse? Non parmi probabile. Il requisito dell'ingresso della donna nella casa del marito non può essere richiesto che come prova che la disposizione della donna è costituita. Ed ogni altro mezzo di prova, come ad es. quello da noi supposto, dovea avere lo stesso valore.

[1] V. quanto diciamo più oltre circa gli sponsali.

Il rapporto d'importanza tra codesti consensi è così invertito; ma gli uni e gli altri hanno la stessa ragione: senza di essi non v'ha disposizione della donna. L'inversione d'importanza si manifesta anche nella disposizione della legge *Iulia* che da un arbitrario rifiuto del padre o del tutore di acconsentire alle nozze ammettono ricorso del figlio, della figlia o della donna *sui iuris* al magistrato, perchè imponga loro di consentire. Una costituzione di Severo e Antonino Caracalla autorizza il magistrato a costringere il padre o il tutore anche a dotare la donna.[1] Se il padre è *furiosus*, Giustiniano stabilì che dovesse dare il consenso l'autorità pubblica, uditi il curatore e i prossimi parenti; se è assente così che s'ignori *ubi sit et an sit*, valgono le stesse norme che esponemmo per il caso di sua prigionia di guerra, trattando del *postliminium*..[2]

b) Si disse che il fine della disposizione dev'essere « perpetua e piena unione di vita » con la donna. Con ciò s'intende significare che esiste un matrimonio soltanto allorchè la disposizione della donna sia costituita coll'idea che essa viva per sempre col marito, e non solo sino a un certo tempo o al verificarsi di una data condizione e che la sua vita sia per intero accomunata a quella del marito nei rispetti sessuali, famigliari, sociali. Il fine qui descritto separa nettamente il matrimonio da tutte le altre relazioni sessuali e in particolare dal concubinato.

Esso dovea essere presente nel pensiero di tutte le persone menzionate, le quali o dando e rispettivamente ricevendo nella *manus matrimonii causa* la donna, o an-

---

[1] Il consenso dei coniugi non fa del matrimonio un *contractus*, perchè per i Romani il *contractus* non suppone necessariamente il consenso ed è invece sempre un *negotium*. *Negotium* ora il matrimonio non fu mai.

[2] Le questioni intorno ai vizi del consenso rispetto al matrimonio e all'apponibilità di condizioni e termini sospensivi alla sua dichiarazione vanno decise secondo i principii generali, ma con riguardo ai vari momenti storici sia del matrimonio, sia dello sviluppo giuridico, per quanto riflette l'importanza assunta dai vizi e l'apponibilità di simili condizioni e termini.

che solo consentendo, concorrevano a stabilire la disposizione in discorso. Prevalendo da ultimo nel matrimonio la volontà dei coniugi, lo si trova indicato con un nome che lo presenta come sentimento del marito ed è: *maritalis affectio.*

Il fine stesso importa altri due requisiti del matrimonio. L'uno si è che nessuno dei due coniugi viva in un altro matrimonio. La poligamia come la poliandria sono incompatibili colla pienezza di unione tra uomo e donna. L'altro che i coniugi abbiano un abito del corpo tale da renderli atti alla procreazione. Sono quindi incapaci di matrimonio i castrati. Chi non sia castrato, ma solo impotente (*frigidus, spado*), è capace, perchè non può constatarsi sicuramente la sua insufficienza al coito. L'impotenza è però giusto motivo di divorzio.

La maturità sessuale delle persone era originariamente constatata nel fatto. L'esame individuale fu sostituito per tempo, trattandosi delle donne, con un termine fisso di età che fu di 12 anni compiuti. Quanto ai maschi i proculiani sostennero che la pubertà dovesse collocarsi al 14° anno compiuto. I sabiniani tenevano ancora al tempo di Gaio fermo l'antico principio: essere pubere *qui habitu corporis pubertatem ostendit.*[1] Ulpiano cita un parere di Giavoleno Prisco (vissuto tra il primo e il secondo secolo dell'impero) secondo il quale era pubere *in quem utrumque concurrit et habitus corporis et numerus annorum.*[2] Giustiniano accolse il parere dei proculiani.

Posti questi soli requisiti, il matrimonio esiste senza bisogno di una celebrazione di esso.[3] Riti e solennità nuziali non mancarono in Roma mai; principale tra essi la solenne *deductio* della donna *in domum mariti.* Ma non erano necessari a che il matrimonio sorgesse. Sembrerebbe che ciò dovesse rendere la prova dei matrimoni difficile. Ma evidentemente la difficoltà non potea aversi che nei matrimoni liberi, di cui diremo. A ogni modo alla società

[1] Gaio, I, 196. [2] 11, 28.

[3] I modi solenni di *conventio in manum* (*confarreatio, coemptio*) sono appunto modi di *convenire in manum* e non di stringere matrimonio.

romana questa difficoltà non deve essere parsa grave. La condizione sociale pari dei coniugi, il tenore di vita esteriore, le trattative precedenti al matrimonio, l'intervento in moltissimi casi della costituzione di dote, questi ed altri fatti liberamente apprezzabili dal pretore e dal giudice bastavano a discernere le unioni matrimoniali da tutte le altre relazioni sessuali e in particolare dai concubinati. Ciò non toglie che la legislazione non abbia creduto d'imporre qualche atto per riconoscere esistente il matrimonio, trattandosi di certe categorie di persone e di certi casi.[1]

Il matrimonio è uno stato. Si vuol dire con ciò che esso, una volta sorto, perdura finchè non cessi, anche sopravvenendo condizioni (ad es. l'evirazione del marito, la pazzia di un coniuge), date le quali non sarebbe sorto. Non v'ha requisiti di sua conservazione, ma soltanto di sua nascita e di sua fine.

Una sola causa di estinzione è ora inerente al matrimonio, perchè dipende dal suo stesso concetto, ed è: la cessazione della disposizione della donna al fine coniugale il che può avvenire o per venir meno la *manus* (ciò però solo in età antica) o per la morte di uno dei coniugi o per una volontà contraria a che codesta disposizione permanga concepita anche da una sola delle persone che dovettero volere che la disposizione sorgesse, perchè ci fosse matrimonio. Quest'ultima ipotesi costituisce il « divorzio. »

Il divorzio è quindi per i Romani un caso di fine naturale del matrimonio, al pari di quello costituito dalla morte di uno dei coniugi. In questa concezione del matrimonio come disposizione dipendente per il suo nascere da certe volontà, che continua però a sussistere finchè le volontà si mutino, non in un'assenza di volontà (come nel caso fatto di pazzia di un coniuge) ma in una volontà con-

---

[1] Giustiniano ordinò che il consenso dei coniugi dovesse essere manifesto negli strumenti dotali, se si trattava di nozze tra concubini o di persone *illustres* o di altro rango superiore; in codesti strumenti o in un certificato, sottoscritto anche da testimoni e consegnato al *defensor ecclesiae*, se si trattava di persone *honestiores*.

traria, sta l'antitesi tra il matrimonio romano e l'odierno. Questo domanda benissimo delle volontà per sorgere, ma una volta manifestate, subentra per forza di legge tra i coniugi un vincolo giuridico, indipendente da esse, tanto che qualunque constatazione di un contrario volere non dissolve il vincolo. Per noi il matrimonio come rapporto è nei doveri e nei diritti che crea. Per i Romani esso sta nel mero fatto della disposizione di una donna al fine coniugale per volontà legittime. Onde quando subentri un volere legittimo contrario esso è finito.[1]

§ 40. — La *Conventio in manum matrimonii causa;* il matrimonio con possesso *ad usucapionem* della donna e il matrimonio libero.

Il matrimonio poteva essere motivo, perchè una donna *sui iuris* cadesse sotto la *manus* di un *paterfamilias* o, se *alieni iuris,* uscisse dalla patria potestà di un padre per entrare nella *manus* di un altro. Nei due casi si parla di *conventio in manum matrimonii causa.* Il *paterfamilias* che acquistava la *manus* era il marito o il padre suo secondo che il marito era rispettivamente *sui iuris* o *alieni iuris.* Laddove, come si disse, alle origini non v'avea matrimonio senza *conventio in manum,* poscia si ebbe. Gli interpreti del diritto romano chiamano questi secondi matrimoni: « liberi; » chiamano quelli matrimoni *cum manu;* una distinzione, come vedremo, non esauriente e una nomenclatura che, se è felice nella sua brevità, ha il difetto di lasciar supporre che i Romani ammettessero più matrimoni. In realtà il matrimonio è un solo e sempre il medesimo; ciò che varia per la presenza o meno della

[1] Ben si dice quindi che il matrimonio romano è un rapporto di fatto e ben lo si rassomiglia al possesso. Ma a due condizioni: l'una che si riconosca che il diritto determina esso le persone, la volontà delle quali crea la disposizione al fine coniugale; ciò che non avviene nel possesso. L'altra che anche nel possesso si veda uno « stato » e non un rapporto che si rinnova continuamente per esercizio delle attività psichiche e per il concorso degli stessi elementi di fatto che concorsero a crearlo.

manus è soltanto la situazione famigliare di diritto o di fatto della donna.

La *conventio in manum*, per qualunque causa fosse fatta e quindi anche per questa che contempliamo, produceva una *capitis deminutio minima* della donna, cogli effetti propri di ogni *capitis deminutio* simile. Il nuovo *paterfamilias* acquistava tutta la parte attiva del patrimonio della donna *sui iuris;* i debiti invece si estinguevano salvi i rimedi pretorii, di cui discorreremo, trattando in generale di codesti effetti. Entrata nella nuova famiglia, la donna vi è *loco filiae*, se è moglie al *paterfamilias; loco neptis*, se è moglie a un suo figlio. Il *paterfamilias* avea originariamente su di essa gli stessi poteri che sopra i figli. L'uso e la legislazione li mitigarono di poco. Così per condannare la moglie nel capo, deve prima udire un consiglio formato non solo di parenti propri, ma anche della donna. La facoltà di venderla come ogni altro figlio gli fu sottratta da un costume antichissimo che gli antichi presentano come legge di Romolo. Pari alla situazione delle vere *filiae* è la situazione della donna *in manu* anche perciò che non può neppure essa obbligarsi da negozi. Il *paterfamilias* ha su di lei, sia moglie propria o di un suo figlio, la facoltà di ripudiarla. Alla morte del *paterfamilias*, se questi era il marito, la donna, come quasi *filia sua*, diveniva *sui iuris*, altrimenti cadeva nella *manus* del marito, divenuto *sui iuris* per la morte del padre. La donna che *in manum convenit*, benchè sia *loco filiae*, porta il titolo onorifico di *materfamilias*, negato a quella che si unì in matrimonio libero, che porta soltanto il nome di *uxor*.

La *manus matrimonii causa* si acquista in tre modi, sul rapporto storico e sulle origini di ciascuno dei quali è viva discussione tra gli scrittori. Noi riteniamo [1] che il primo di essi, che porta il nome di *confarreatio*, sia sorto in quel periodo di tempo in cui non esisteva *connubium*

---

[1] V. per tutto quanto diciamo sulle forme di *conventio in manum matrimonii causa* il nostro lavoro citato: *Problemi di origini*, pagina 24 segg.

fra *gentes* diverse, e quindi i matrimoni erano sempre endogamici, potevano cioè accadere soltanto fra gentili di una stessa gente.[1] Appunto perchè, in questa ipotesi, la donna apparteneva alla stessa gente del marito, godeva quindi già dei *sacra gentilicia* del marito e solo usciva dalla sua famiglia, perdendo i relativi *sacra* famigliari, per entrare nella famiglia del marito e partecipare ai *sacra* famigliari suoi, da un lato la donna non viene venduta al suo nuovo *paterfamilias,* non essendo la vendita di un cittadino possibile entro la città a cui appartiene, dall'altro ci appare come forma di acquisto della *manus* una semplice cerimonia religiosa, della quale gli studiosi di sociologia trovano ancora vivi esempi presso tribù barbariche.[2]

Le nozze confarreate vengono qualificate per nozze sacre. Esse, presupponendo un culto gentilizio, furono sempre precluse ai plebei, che non poteano aver gente e quindi neppure culti simili. Ancora in tempi tardi non poteano divenire *flamines maiores* e *rex sacrorum* che

---

[1] L'esistenza di questo periodo, oltre che dal fatto in genere che le *gentes* costituirono in origine come diverse *civitates,* mentre è noto che fra cittadini di diverse città, tolto il caso di accordi particolari, non esiste *connubium,* risulta anche dalla notizia giuntaci che occorreva ancora in tempi storici un permesso della città, perchè una gentile *sui iuris* potesse sposare persona di una gente diversa.

[2] SPENCER, *Principles of Sociology,* pag. 633. La cerimonia consisteva in un sacrificio a Giove, nel quale si adoperava un pane di farro, e che si svolgeva alla presenza dei due coniugi, di dieci testimoni, del *pontifex maximus* e del *flamen dialis.* Gli sposi sedevano a capo coperto su due seggiole ricoperte della pelle di un animale sacrificato anteriormente alla cerimonia, durante la quale si pronunciavano anche certe parole solenni, ma di cui s'ignora quali fossero e da chi fossero pronunciate. La *confarreatio* si compiva con altri riti complementari, intorno ai quali però non abbiamo alcuna sicura informazione. Conforta la nostra idea sull'origine della *confarreatio* l'ipotesi molto probabile che a questi appartenesse la domanda fatta dallo sposo alla sposa innanzi alla soglia della propria casa come essa si chiamasse; al che la sposa rispondeva: *quando* (od *ubi*) *tu Gaius, ego Gaia.* Ne fu infatti giustamente desunto che la sposa assumeva con essa il *praenomen* del marito (v. KARLOWA, *Röm. Rechtsgesch.,* II, pag. 157). Vuol dire che il nome gentilizio originariamente non lo assumeva. Il che non si spiega che ritenendo che questo lo avesse già in comune col marito.

patrizi nati da un matrimonio confarreato e uniti in matrimonio confarreato. Riuscendo la *manus* particolarmente odiosa alle donne patrizie, l'uso dei matrimoni confarreati andò verso la fine della repubblica talmente restringendosi, da presentarsi il pericolo che non si trovassero più persone, che potessero coprire le cariche sacerdotali accennate. Ad evitare un simile inconveniente, fu stabilito per legge emanata sotto Tiberio che la donna, che stringesse un matrimonio confarreato, fosse *in manu* del marito solo *quoad sacra* e pel resto fosse libera. La *confarreatio* sparì solo col cristianesimo.

Ammesso il *connubium* fra persone appartenenti a genti diverse e sorta così la possibilità di matrimoni esogamici, la donna dovea essere separata dalla sua gente, se si voleva che entrasse come moglie presso una gente diversa ed esservi sottoposta alla *manus* di un *paterfamilias*. A questo fine conveniva che fosse alienata al *paterfamilias* straniero mediante *mancipatio*, in conformità ad una esigenza, di cui vedemmo già altri esempi. Questa è a nostro avviso l'origine di quel modo d'acquisto della *manus*, formatosi senza dubbio dopo la *confarreatio*, che porta nelle fonti il nome di *coemptio matrimonii causa*. Di questa descriveremo la figura storica, per poi dire, in connessione all'ipotesi suesposta, come la figura stessa si formò.

La *coemptio* consisteva in una mancipazione, in tanto conforme ai requisiti della mancipazione di cose, in quanto anch'essa avveniva alla presenza di cinque testimoni, maschi, puberi, cittadini romani, di un libripende e della donna, che figurava come l'oggetto mobile da mancipare. Se la donna si trovava nella patria potestà, avea bisogno, per fare la *coemptio*, dell'*auctoritas patris;* se era *sui iuris,* dell'*auctoritas tutoris.* Venivano anche pronunciate formule di cui Gaio[1] ci dice che erano diverse da quelle che si pronunciavano, quando un *paterfamilias* alienava con *mancipatio* il proprio figlio, per sottoporlo al *mancipium.* Dove però stesse la diversità, non si desume da

[1] 1, 123.

esso, nè da altre fonti. La necessità dell'*auctoritas patris* e *tutoris* fa ritenere che nella *coemptio* non apparissero come venditori nè l'uno nè l'altro. Donde il quesito: chi figurava adunque come mancipante dal momento che la *coemptio* resta una *mancipatio* ed è per tale intesa? [1] Noi riteniamo che la mancipazione vera e propria originaria della donna da parte del suo *paterfamilias* fosse accompagnata da una *nuncupatio*, cioè da una dichiarazione, in cui si esprimeva lo scopo matrimoniale della mancipazione. Nel corso del tempo, federatesi le *gentes* nella *civitas* e ammesso poscia il *connubium* fra patrizi e plebei, la *mancipatio* della donna, ora divenuta possibile tra famiglie sia della stessa gente che di genti diverse o non comprese in una gente, si mutò in una cerimonia, in cui dell'atto antico restò quel tanto di esteriorità che bastava a farlo apparire una mancipazione e che serviva ancora alla pubblicità dell'acquisto della *manus* (in corrispondenza questo a quel processo, per cui la *mancipatio* da vendita intergentilizia divenne un modo solenne d'acquisto del dominio), ma fu soppresso tutto ciò che avrebbe dato all'atto il carattere di mancipazione effettiva della donna *matrimonii causa*. Perciò il padre non figura più per venditore, ma per *auctor*. E perciò ancora probabilmente al luogo della formula d'acquisto della donna da parte del marito a scopo di matrimonio, si pose col tempo una formula, che esprimeva il consenso dei coniugi nel matrimonio. Quanto al tutore, questi non può essere intervenuto che quando la *mancipatio* si mutò in *coemptio* (il tutore infatti non può vendere il tute-

[1] Era la donna che vendeva sè stessa al marito? A questa opinione si oppone il non trovarsi altro esempio di un'autovendita. Oppure si avea una mutua vendita dei coniugi l'uno all'altro? I sostenitori di quest'ultima opinione si richiamano ad una formula di mutua domanda e risposta conservataci da Boezio (*ad Æneid.*, 4, 214): *An mulier sibi mater familias esse vellet? — Velle. Et utrum vir sibi pater familias esse vellet? — Velle.* Ma di questa formula è assai discussa l'autenticità. Nè poi la mutua vendita e in sè e in quanto conterrebbe una vendita del marito, che è poi quello che ottiene la *manus*, alla moglie par cosa possibile; essa non è, come parmi, neppur pensabile.

lato [1]) per dare l'*auctoritas,* trattandosi a ogni modo di negozio originariamente intergentilizio.

La *coemptio matrimonii causa* ebbe vita più lunga delle altre forme di acquisto della *manus.* Gaio ne parla come ancora in uso al suo tempo, mentre l'*usus*, di cui si dirà, era scomparso, e la *confarreatio* non serviva più a fondare la *manus* se non *quoad sacra.* Dopo Gaio non ne troviamo più certa memoria.

Dovunque è possibile la *mancipatio*, ivi troviamo anche l'*usucapio,* la quale consiste nell'acquistare quel potere, che dovrebbe procurare la *mancipatio*, mediante l'esercizio di fatto del potere stesso per un periodo di tempo che era di due anni per le cose immobili, di uno per tutte le altre (*ceterae res*). L'*usucapio* presuppone che sia avvenuta una mancipazione invalida o che questa sia del tutto mancata, ma che l'oggetto della avvenuta o possibile mancipazione sia ugualmente entrato per un atto d'alienazione nel possesso dell'acquirente. È naturale quindi che, a lato alla *coemptio,* troviamo un altro modo di acquisto della *manus* che ha nelle fonti il nome di *usu in manum convenire.* Il *paterfamilias* acquistava la *manus* sulla donna che gli fosse stata mancipata *matrimonii causa* invalidamente, o anche soltanto *tradita* (consegnata) allo stesso fine, e che perciò non era entrata nella sua *manus,* esercitando la *manus* in linea di fatto, tenendo cioè nella sua dipendenza *loco filiae* o *neptis* la donna per un anno continuo. L'acquisto si compiva in un anno, perchè la donna era compresa nella categoria delle *ceterae res.* Durante l'anno, finchè matrimoni senza *conventio in manum* non si ammisero, la donna non era moglie; ammessi che furono, lo era; ma essa restava pur sempre giuridicamente nella sua gente e nella sua famiglia. La donna potea impedire l'acquisto della *manus* coll'allontanarsi dal tetto coniugale in epoche storiche, verisimilmente coll'uscire dai confini del territorio della *gens* del marito in epoche

[1] Almeno per quanto appare dalle nostre memorie e fin dove salgono. Vero è che, posto questo, la donna *sui iuris* non poteva anteriormente alla trasformazione della nostra *mancipatio* in *coemptio* andare sposa presso un'altra gente. È ciò verisimile?

primitive, e rimanerne lontana per tre notti consecutive, perchè l'usucapione fosse interrotta ed essa restasse libera (*trinoctio usurpatio*). L'interruzione poteva aver luogo anche per volontà del *paterfamilias* della donna stessa; poichè avendo la facoltà di rivendicare la figlia e godendo dell'interdetto *de liberis exhibendis item ducendis*, poteva ricuperare la figlia e tenerla presso di sè il tempo necessario all'*usurpatio*.[1] L'*usus* fu il modo d'acquisto della *manus*, che andò più presto in disuso. Vigeva ancora al tempo di Cicerone; al più tardi con Augusto, che forse lo abolì, scompare.

La donna esce nelle epoche storiche dalla *manus* colla morte del marito, se questi è *sui iuris* e con certi modi di cui si parlerà trattando del divorzio (*diffarreatio, remancipatio*).[2]

---

[1] Non si deve vedere in questa figura dell'acquisto della *manus* coll'*usus* una specie di matrimonio di prova. La donna o non era affatto moglie originariamente prima del compimento dell'usucapione, o lo era in tempi posteriori pienamente. I confronti coi matrimoni di prova in uso presso altri popoli antichi (sopra tutto l'egiziano) o moderni non reggono. Siamo innanzi invece a una conseguenza necessaria dell'acquisto della *manus* per via di *mancipatio*, alla quale si accompagna inevitabilmente come surrogato l'*usucapio*, che a sua volta è inseparabile dall'*usurpatio*. L'idea qui combattuta è sostenuta, sulla base di erronee analogie coi diritti orientali, in particolare dallo Schulin, *Lehrbuch*, pag. 211.

[2] A lato alla *conventio in manum* a scopo di matrimonio stanno certi casi di *conventio in manum* a scopi diversi. In questi casi non si usava naturalmente al fine la *confarreatio*, rito matrimoniale per eccellenza, ma la *coemptio*, la quale per la sua natura *di mancipatio* era suscettibile di essere fatta servire agli scopi più vari. Due dei casi in discorso sono apertamente indicati dagli antichi col nome di *coemptio fiduciae causa* e sono i seguenti:

1) *Coemptio testamenti faciendi causa*. Sino al tempo di Adriano la donna, tolte certe ipotesi, benchè divenuta *sui iuris*, non poteva testare sino a che stava nelle agnazioni originarie. Per porsi ora in grado di far testamento, essa ricorreva ad un atto in cui vanno distinte due parti: l'una destinata a farla uscire da codeste agnazioni ed entrare in una famiglia *proprio iure;* l'altra destinata a toglierle la qualità di persona *alieni iuris*, che così assumeva, per renderla novamente *sui iuris*. La donna incominciava col fare una *coemptio* o col proprio marito (col quale viveva in matrimonio libero) non però *ut apud eum filiae loco sit* o con un estraneo, aggiungendo all'atto di vendita il patto (*fiduciae*) di essere subito di poi man-

Al matrimonio *cum manu* si oppone il matrimonio libero. In questo la donna resta nella sua propria famiglia, sotto tutela, se è *sui iuris,* finchè la tutela delle donne non fu abolita; sotto la potestà del *paterfamilias* della sua famiglia originaria, se è *alieni iuris.* I figli però che il marito abbia da essa appartengono alla famiglia del marito. Questo importava che il padre della donna e per i tempi primitivi anche il tutore, infine in tempi recenti la donna stessa potessero far cessare quando voleano il matrimonio; che la madre potesse essere sepa-

---

cipata ad un terzo. Così essa usciva dalle agnazioni originarie, divenendo soggetta al *coemptionator.* Questi la mancipava quindi ad un terzo, il quale la manometteva tosto *e mancipio.* Così la donna ridiveniva *sui iuris* ed atta a testare.

2) *Coemptio tutelae evitandae causa.* La donna *sui iuris* era sotto la tutela legittima degli agnati. Per liberarsi ora dal tutore agnato, la donna faceva un atto simile al precedente e distinto allo stesso modo. Essa cioè faceva una *coemptio fiduciae causa,* che serviva a rompere i rapporti di agnazione, in cui era. Il *coemptionator* la mancipava quindi a un terzo, che essa stessa avea prescelto perchè le fosse tutore in luogo del tutore agnato. Il terzo la manometteva *e mancipio* e diveniva appunto col manometterla suo tutore fiduciario.

Dopo che Adriano permise alle donne di testare, anche se erano nelle loro agnazioni originarie, l'uso della *coemptio testamenti faciendi causa* necessariamente cessò. La seconda *coemptio fiduciae causa* sparì col cessare della tutela legittima delle donne.

Nelle fonti s'incontra anche una *coemptio interimendorum sacrorum causa.* Ad essa si riferisce sicuramente un solo testo (Cic., *pro Murena,* 12, 21) il quale ci lascia incerti sull'esser suo. V'ha chi ritiene che fosse una *coemptio fiduciae causa,* come nei due casi precedenti. A nostro avviso invece è preferibile l'opinione, secondo la quale si ha qui un caso ordinario di *coemptio matrimonii causa;* ma il matrimonio era per circostanze di fatto e per l'intenzione dei coniugi soltanto apparente. Una donna *sui iuris,* avendo i propri beni gravati della spesa dei *sacra* della famiglia, alla quale apparteneva, faceva un matrimonio e una *coemptio matrimonii causa* con un vecchio. Essa usciva così dalla sua famiglia e restava libera dall'onere dei *sacra.* Il vecchio è vero acquistava i suoi beni. Ma la donna avea scelto a marito appunto un vecchio, perchè, venendo questi presto a morire, essa ricuperava per eredità tutti i suoi beni. È appena bisogno di avvertire che, secondo questa interpretazione, la donna correva il rischio che il vecchio disponesse altrimenti dei beni. Erano solo circostanze di fatto come l'essere il vecchio privo di figli, la sua dipendenza di fatto dalla donna, la sua onestà, ecc. che garantivano alla donna il ricupero dei suoi beni alla sua morte.

rata contro sua voglia dai figli oltre che per opera del marito, per quella del padre o del tutore suo; infine nei riguardi patrimoniali che la moglie non avesse alcun diritto di successione sui beni di nessuna persona appartenente alla famiglia maritale a cui era estranea, per tutto il tempo in cui la successione legittima fu fondata sulla parentela civile. Solo il costume potea correggere questi inconvenienti. Qualche cosa fece anche allo stesso fine la legge. Nell'insieme però questo matrimonio presenta un che di inorganico e di contraddittorio, che fa ritenere essere esso un istituto entrato nel diritto come di sotterfugio contrariamente alle tendenze e allo spirito del diritto stesso. Il modo di sua introduzione e le sue ragioni rimangono però incerte.[1]

Un'ultima avvertenza. Nel matrimonio libero, essendo la donna posta o ponendosi a disposizione dell'uomo solo per essergli moglie e non *loco filiae*, è esclusa la possibilità di un acquisto della *manus* coll'*usus*. La donna non è alienata al marito; perciò non può essere usucapita.

Per tutto quanto dicemmo risulta inesatto distinguere, come usa, i matrimoni soltanto in matrimoni *cum manu* e *sine manu* o liberi. Si ha invece tre categorie di ma-

[1] Fu manifestata l'opinione che presso i plebei vivesse lungamente tenace l'istituto del matriarcato, che cioè presso di essi le parentele fossero determinate dalla discendenza in linea femminile e che fosse la madre quindi ad avere nella potestà i figli anzi che il padre. Entrati i plebei nella cittadinanza, si sarebbe verificata una transazione tra il sistema del patriarcato patrizio e del matriarcato plebeo a questo modo. Il *paterfamilias* acquistava la patria potestà sui figli; ma la donna rimaneva nella sua propria famiglia. L'ipotesi non sembra però persuasiva, perchè presuppone che i plebei avessero istituti giuridici propri. Contro una simile ipotesi v. i miei *Problemi di origini*, pag. 27. Io ritengo che, mentre originariamente la donna non era moglie prima che fosse compiuta la *conventio in manum* per via di *usus*, poi si sia ammesso che fosse tale al fine di non privare il marito del figlio nato durante l'anno dell'*usus*. Con ciò si veniva anche ad ammettere che la disposizione della donna, senza di cui non v'ha matrimonio, era indipendente dall'acquisto della *manus* per parte del marito o del padre del marito, che essa dipende solo da elementi di fatto e che dunque, pur senza una precedente *coemptio* inefficace o una tradizione della donna *loco filiae*, il matrimonio potea esistere, purchè la donna fosse posta a disposizione dell'uomo per essergli solo moglie e non *loco filiae*.

trimoni: *a*) il matrimonio *cum manu*, nel quale il marito ha la donna giuridicamente nella sua *manus*; *b*) il matrimonio con possesso *ad usucapionem* della donna; ed è il matrimonio in cui la donna fu inefficacemente mancipata, o semplicemente *tradita* perchè sia *loco filiae;* in questo il marito ha la donna solo in linea di fatto nella sua *manus*, e la donna se vuole sfuggire all'acquisto di essa da parte del marito deve compiere la *trinoctio usurpatio;* *c*) il matrimonio libero, in cui la donna non è mancipata, nè *tradita* perchè sia *loco filiae;* ma è collocata presso un'altra famiglia, perchè vi sia semplicemente moglie. In questo caso la donna non corre pericolo di cadere nella *manus* e cessa la necessità della *trinoctio usurpatio*. Le tre specie di situazione famigliare della donna in termini di diritti reali si possono esprimere dicendo che la donna ora è in proprietà del marito (*conventio in manum*), ora è posseduta *ad usucapionem* dal marito (tradizione *in manum*, a cui segue l'*usus*), ora è a precario presso il marito (matrimonio libero). La natura di precario è espressa dal termine *filiam collocare* poichè la *locatio rei*, come vedremo, non è che un precario.

Il matrimonio libero si diffuse, perchè presentava dei vantaggi notevoli per la donna e per la sua famiglia.[1] La crescente ripugnanza delle donne a sottoporsi alla *manus* dei mariti o dei padri loro importò che i matrimoni liberi dilagassero e che infine la *manus matrimonii causa* sparisse dall'uso giuridico.

§ 41. — Requisiti della validità del matrimonio.

Le entità concepite come un fatto (ad es. la parentela di sangue, il possesso, una convenzione) esistono, se rispondano ai requisiti che formano il fatto indipendente-

[1] Quella poteva in dignità di moglie sperimentare la nuova famiglia e non decidersi ad entrarvi, in quanto ciò dipendeva da lei, con una *conventio in manum*, che dopo averla trovata a sè conveniente. La famiglia sua, oltre a partecipare a questo interesse della donna, avea il vantaggio di conservare intanto o per sempre uno dei suoi membri.

mente dalle prescrizioni del diritto intorno ad esse. Il diritto può soltanto attribuire a loro effetti giuridici, se abbiano certi ulteriori requisiti, e negarli, se non li abbiano. Rispetto ora a tutte le entità di fatto, se si verifica l'ipotesi di una deficienza di codesti ulteriori requisiti, tanto si può dire che l'entità esiste, ma è invalida; quanto che non esiste, perchè, per il diritto, è come se non fosse. Rispetto al matrimonio (che è anch'esso entità di fatto) la giurisprudenza romana tenne la prima via. Essa chiama *matrimonium iustum, legitimum* il matrimonio conforme ai requisiti posti dal diritto, ond'esso produca l'effetto che i figli nati da esso siano giuridicamente figli del padre loro e seguano la condizione di questo; chiama *matrimonium iniustum* o *non legitimum* il matrimonio che, non essendo conforme a quei requisiti, ma essendo pure un matrimonio, non produce questo effetto; onde i figli nati da esso sono figli, dinanzi al diritto, della madre e non del padre e seguono la condizione di quella e non di questo.

Condizione fondamentale, perchè si abbia un *matrimonium iustum,* è che uno dei coniugi sia cittadino. Il diritto di Roma non ha da occuparsi dei matrimoni fra straniero e straniera; esso non ha che a stabilire quando un Romano o una Romana vivono per esso in matrimonio.

Ma il cittadino non stringe valido matrimonio che nell'ipotesi che egli abbia il *connubium* coll'altro coniuge, ossia che la legge voglia dare gli effetti giuridici veduti al suo matrimonio con questo.

L'esistenza del *connubium* dipende anzitutto da condizioni politiche. Il matrimonio resta per principio in Roma endogamico. Soltanto al posto delle *gentes* si pone la *civitas.* Quindi come regola solo i cittadini possono unirsi in matrimonio tra di loro.

Tra schiavi, essendo questi stranieri apolidi privi di diritti, o tra uno schiavo e un libero non può sussistere mai, come già si disse, matrimonio, ma solo *contubernium.* Da questo scaturiva però una *servilis cognatio* ed una *servilis adfinitas* di fatto e non di diritto. Il solo effetto giuridico originario di simili unioni era che non si

potessero stringere matrimoni tra persone libere, quando corressero simili parentele tra loro entro i gradi nei quali l'unione avrebbe offeso il *naturale ius et pudor*. Valentiniano III e poscia Giustiniano diedero ai contubernii un ulteriore effetto, stabilendo un diritto di successione dei figli nati da contubernio sui beni dei loro genitori e tra loro, posto naturalmente che l'ereditante e il defunto avessero acquistata la libertà.

I plebei, come originariamente stranieri protetti, poterono sempre unirsi in matrimonio tra loro; ma rimase loro negato il *connubium* coi patrizi, finchè non fu loro concesso dalla legge *Canuleia*, che si fa cadere nel 309 d. R.

I libertini, essendo plebei, ebbero anch'essi sempre il *connubium* fra di loro; ma in causa del loro antico stato servile, non lo ebbero cogli ingenui sino, come sembra (altri segna una data anteriore) al 736 d. R.

Fra Romani e cittadini di altra città non v'ha *connubium* a meno che Roma non lo abbia concesso a questa. La concessione era reciproca. Roma lo accordava alla città straniera, che lo accordasse ad essa. Se un cittadino romano si univa ora in matrimonio con una straniera fornita di *connubium*, questa restava straniera, ma era *iusta uxor* del cittadino. Il figlio, che questi ne avea, essendo quindi suo *iustus filius*, seguiva la sua condizione, era cioè cittadino. Se invece uno straniero fornito di *connubium* sposava una Romana, questa rimaneva cittadina, ma era *iusta uxor* dello straniero; quindi i figli nati dall'unione essendo *iusti filii* del marito, seguivano la sua condizione, erano cioè stranieri. Se tra i coniugi mancava il *connubium*, allora il figlio della cittadina era cittadino, benchè il padre fosse straniero, com'era anche se nato fuori di matrimonio; il figlio di donna straniera era, per lo stesso principio, straniero, benchè il padre fosse cittadino. Si vedranno, discorrendo della cittadinanza, le modificazioni recate a questo principio. Qui è solo da avvertire che nell'età adrianea i figli di donna romana avuti da matrimonio con un peregrino (non latino) privo di *connubium* con essa furono tuttavia attribuiti come *iusti filii* al padre loro.

Altri casi di diniego del *connubium* dipendono dal bisogno di evitare le nozze tra parenti di sangue. Non esiste *connubium* tra persone che siano tra loro parenti civili e naturali o naturali soltanto in linea retta in qualunque grado. Quanto al *connubium* tra parenti in linea collaterale il diritto romano procedette, restringendo sempre più il numero dei gradi entro i quali era negato. Al sesto grado troviamo già prima della seconda guerra punica sostituito il quarto, alla fine della repubblica il terzo. Claudio da ultimo, per rendere possibili le proprie nozze con Agrippina, fece permettere da un senatusconsulto il matrimonio dello zio paterno colla propria nipote. Questa concessione, abolita da Nerva, ristabilita più tardi, fu definitivamente tolta nel 342 d. C. Si ritornò allora alla regola antica nei paesi d'Oriente. Nei paesi d'Occidente invece si ristabilì il divieto delle nozze entro il quarto grado, vietando le nozze fra consobrini, finchè nel 405 d. C. anche in Occidente simili nozze furono novamente concesse.

L'imitazione della parentela di sangue non importa le stesse conseguenze. L'adozione infatti è d'impedimento al matrimonio in linea retta all'infinito, anche dopo sciolto il rapporto d'adozione; invece nella linea collaterale è d'impedimento solo tra fratelli e sorelle e finchè dura l'adozione.

L'affinità durante la repubblica non importò diniego del *connubium*. Solo nell'impero pagano lo troviamo negato tra affini in linea retta senza limite di grado. Bisogna giungere all'impero cristiano per trovarlo negato anche tra affini in linea collaterale entro il secondo grado.

S'inspira alla cura di serbare alto l'ordine senatorio il divieto fatto da Augusto ad uomini di rango senatorio di sposare libertine e figlie di artisti di teatro o di esercenti altre arti considerate turpi. Si discute però se le nozze contratte contrariamente al divieto erano nulle o soltanto non servivano ad evitare le pene del celibato. Certo erano nulle all'età di Marco Aurelio, il quale colpì di nullità anche le nozze di donne di rango senatorio con libertini. Giustiniano mantenne di questi impedimenti

soltanto quello derivante dalla libertinità; abolì l'altro. Ad Augusto risale anche la disposizione per cui era fatto divieto agli ingenui di sposare prostitute e donne *iudicio publico damnatae* o *adulterio deprehensae* o che avessero esercitata *artem ludicram* o che fossero state mezzane d'amore o manomesse da persona mezzana d'amore. La disposizione fu abolita da Giustiniano.

Per la legge Iulia *de adulteriis* l'adultero convinto di adulterio non può sposare il suo complice. Giustiniano vietò anche il matrimonio tra il rapitore e la donna rapita. Il primo divieto mira ad evitare che la legge stessa, concedendo il matrimonio tra complici in adulterio, provochi a questo. Il secondo è giustificato dall'imperatore stesso col bisogno di colpire quelli *qui hostili more in nostra republica matrimonia student sibi coniungere,* anzi che chiedere la donna in moglie a chi si deve.[1]

Un senatusconsulto emanato sotto Marco Aurelio e Commodo tolse, salvo in alcune ipotesi, il *connubium* colla pupilla ai tutori responsabili della tutela, ai loro discendenti naturali in potestà o meno, ai loro figli adottivi, finchè sono in potestà del tutore, agli eredi del tutore e all'avente podestà su di lui e a chi altrimenti portava il pericolo della tutela. Si mirava ad evitare che con un simile matrimonio i tutori sfuggissero alle responsabilità della tutela. Perciò il divieto cessa, quando il tutore abbia reso i conti o quando sia scorso il termine della restituzione in integro per la minore età.

Mandati imperiali vietarono che un governatore di una provincia potesse, finchè vi esercita l'ufficio, unirsi in matrimonio con una donna di quella provincia. Non si voleva che i governatori fossero impacciati dai riguardi e dalle relazioni dipendenti da un simile matrimonio nel buon governo della provincia, nè che abusassero della loro posizione, per imporre matrimoni a sè vantaggiosi.

Sinchè l'esercito romano fu il popolo stesso atto alle armi non potè sorgere un divieto di nozze a chi era sol-

---

[1] L. 1, § 2, C. 9, 13.

dato. Il soldato non era che un cittadino, il quale momentaneamente scendeva in campo, per tornare, finita l'impresa, ai suoi lari. Formatisi gli eserciti stanziali e una professione delle armi, le necessità del servizio militare imposero di vietare ai soldati di stringere matrimonio. Il divieto durò sino a Settimio Severo, che lo abolì per rendersi più amica la classe militare.

Alessandro Severo vietò al figlio di sposare la concubina del padre.

Una costituzione di Valentiniano e Teodosio (a. 388) non solo vietò le nozze fra cristiani ed ebrei, ma le volle considerate come un delitto equivalente per la pena all'adulterio.

Motivi religiosi fecero sorgere nell'impero cristiano altri impedimenti.

Così fu disposto che non potesse contrarre matrimonio chi avea fatto voto di castità o rivestiva nella gerarchia ecclesiastica gli ordini maggiori.

Giustiniano infine impedì al padrino di sposare la figlioccia.

Oltre al *connubium,* perchè il matrimonio sia *iustum,* si domanda talora qualche altro requisito. Per il principio che *nemini invito heres suus agnascitur,* al matrimonio del nipote maschio deve acconsentire non solo il nonno che lo ha nella sua potestà, ma anche il padre suo; e difatti questi altrimenti si troverebbe dopo la morte del padre ad avere anche senza la sua volontà come *heres suus* la moglie del proprio figlio, se *in manum conventa,* e in ogni caso i figli nati dal coniugio.

Abolita la tutela delle donne, queste, se erano *sui iuris,* ebbero bisogno del consenso del padre naturale loro alle loro nozze, se erano di età inferiore ai 25 anni. In mancanza del padre, doveano acconsentire insieme la madre, e i prossimi parenti della donna. In caso di discordia decide l'autorità giudiziaria. Contro un arbitrario diniego del consenso v'ha ricorso al magistrato.

§ 42. — Effetti del matrimonio.

Il matrimonio di per sè lascia inalterata la condizione famigliare e patrimoniale dei coniugi. Circa quest'ultima, dalle fonti non appare che la moglie potesse neppure esigere di essere alimentata dal marito in caso di bisogno. Un diritto reciproco di successione ab intestato tra coniugi non fu ammesso che in epoca tarda dal pretore e anche allora in tal luogo nell'ordine delle persone chiamate alla successione da riuscire poco importante.

I coniugi per il matrimonio incorrono solo nei doveri ed acquistano solo i diritti che sono emanazione della natura etica del matrimonio o che servono a mantenere la convivenza loro e a mantenerla sotto la direzione del marito.

La moglie deve quindi riverenza al marito. Il mancarvi può costituire un giusto motivo di ripudio. Il dovere morale di reciproca fedeltà fra i coniugi è elevato a dovere giuridico in quanto l'adulterio della moglie, oltre ad essere motivo di ripudio, è punito come reato. E se non è in corrispondenza punita l'infedeltà coniugale del marito, nè essa, fuori di certe circostanze, è giusto motivo di ripudio, si trova tuttavia prescritto che, quando il marito accusi di adulterio la moglie, il giudice deva considerare *an maritus pudice vivens, mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigat, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare*,[1] non però condurre l'assoluzione della donna.

In considerazione del mutuo rispetto e riguardo che si devono i coniugi, essi non sono tenuti a testimoniare l'un contro l'altro e nelle liti tra loro il soccombente non può essere condannato verso l'altra parte che *in id quod facere potest*. La convenzione tra coniugi in cui rinunciassero a codesto beneficio è invalida. S'inspira allo stesso motivo la disposizione secondo la quale si deve ritenere

---

[1] L. 14, § 5, D. 48, 5.

che provengano dal marito tutti i beni acquistati dalla moglie durante il matrimonio, dei quali non fosse altrimenti nota la provenienza (*praesumptio Muciana*). Non si voleva che si aprissero in proposito indagini, in cui era implicito un sospetto ingiurioso per la donna. Come cosa contraria all'*honor matrimonii* è vietato ai coniugi anche di intentarsi reciprocamente azioni penali o infamanti. E quindi se la moglie sottraeva prima e in previsione del divorzio avvenuto cose del marito, si negava al fatto non solo il nome di furto (delitto infamante) ma il carattere di delitto. Lo si diceva soltanto *rerum amotio*, ed originava a favore del marito l'*actio rerum amotarum*, azione pretoria, non penale, arbitraria diretta al maggior valore della cosa sottratta al tempo della sottrazione. L'azione fu in corso di tempo accordata nella stessa ipotesi alla moglie contro il marito.[1]

Il marito è offeso dalle ingiurie fatte alla moglie e può agire per esse; la moglie invece non è offesa nè può quindi agire per le ingiurie fatte al marito, *quia defendi uxores a viris, non viros ab uxoribus aequum est.*[2] La posizione dominante del marito che è espressa in questo principio importa anche che la moglie abbia il domicilio nella città, a cui quegli appartiene, che ne sia rappresentata in giudizio e che del marito assuma il foro e il rango senatorio, rango che conserva fino a che non passi a seconde nozze.

Dicendoci gli antichi che la moglie è *in officio mariti* e che questo è il motivo per il quale la liberta che si unì in matrimonio col consenso del patrono non gli deve più le

---

[1] Abbiamo riferito la spiegazione più comune dell'escludersi l'*actio furti* tra marito e moglie; ma probabilmente la regola ha la sua causa nella natura intergentilizia originaria del furto. Circa l'*actio rerum amotarum* aggiungiamo che essa competeva anche nel caso di distruzione delle cose. Benchè si neghi nel caso di *rerum amotio* il furto, la cosa sottratta diviene tuttavia furtiva; chi si rese complice dell'atto risponde coll'*actio furti* e il coniuge sottraente è sempre in mora come nel furto. L'azione competeva al marito come utile, se la moglie avea sottratto le cose in previsione, non verificatasi, della morte di lui, ed era poi avvenuto il divorzio.

[2] L. 2, D. 47, 10.

opere, si può ritenere che la moglie doveva rendere al marito i servigi corrispondenti ai suoi doveri di moglie e di madre dei suoi figli, nei limiti conformi alla sua dignità.

Il marito per reclamare la moglie da chi la trattiene gode degli interdetti *de uxore exhibenda ac ducenda,* e da quando *bene concordans matrimonium separari a patre divus Pius prohibuit*[1] può sperimentare codesti interdetti anche contro il padre di essa, come può con un'eccezione far respingere la domanda di questo che agisca contro di lui cogli interdetti *de liberis exhibendis item ducendis* per torgli la moglie. Giustiniano per codesto caso detta la strana norma: *ut patri persuadeatur ne acerbe patriam potestatem exerceat.*[2]

Le donazioni tra coniugi sono vietate. Sull'origine, le ragioni e il carattere di questo divieto si parlerà trattando della donazione.

§ 43. — Sponsali.

Al matrimonio sogliono precedere gli sponsali (*sponsalia*) che ci vengono definiti come *mentio et repromissio nuptiarum futurarum.*[3] La storia dell'istituto è piana. Nei matrimoni esogamici, avendosi originariamente una vendita della figlia da parte del padre suo, potea precedere alla vendita stessa la promessa di vendita da parte del padre; promessa che si compiva in forma di *sponsio.* La donna era detta *sponsa;* la persona a cui era promessa *sponsus;* il giorno della promessa diceasi *sponsalis.* La *sponsio* creava un asservimento del promittente verso il promissario (*obligatio*) in quanto quegli era tenuto ad un *dare* ossia a mancipare la donna a questo; e qualora non adempisse la promessa, era esposto a subire le con-

---

[1] Paul., *Sent.,* V, 6, 15.

[2] L. 1, § 5, D. 43, 20.

[3] L. 1, D. 23, 1, *mentio* sta, secondo l'opinione comune, in luogo di *conventio* o vale per *conventio;* ma il termine è certo classico; si trova precisamente in relazione agli sponsali in Livio, XXIX, 23, 3.

seguenze varie nel tempo dell'inadempimento dell'obbligazione da *sponsio*. Il tutore della donna, non potendo alienarla, non potea neppure farne *sponsio;* nè potea la donna stessa fare una *sponsio* di sè, perchè non poteva alienare sè stessa. Nei matrimoni endogamici la *sponsio* in discorso non era applicabile, in causa della sua natura originaria di negozio intergentilizio; nè in essi poi la donna è alienata. Qui non poteano trovar luogo che promesse non formali e non generatrici d'azione del padre o della donna stessa se era *sui iuris*, e la promessa dovea essere bilaterale di un *facere*, ossia di collocare o di collocarsi in matrimonio da un lato, di ricevere per sè o per il figlio in matrimonio dall'altro. La donna qui era soltanto *pacta* o *conventa*.[1] In processo di tempo la costituzione della città e la famigliarizzazione della società da un lato, dall'altro il cessar la *coemptio* di essere una vendita della donna fatta dal padre, per divenire un atto della donna, infine l'uso dei matrimoni liberi, tutto ciò importò che la *sponsio* non generasse più un debito, e restasse solo come promessa solenne di un *facere* che avea così lo stesso valore e contenuto delle promesse senza solennità in uso nei matrimoni endogamici, le quali non cessarono; e che quindi sorgesse per tutti i matrimoni sostanzialmente un unico istituto: gli sponsali dei tempi storici che conchiusi con *sponsio* o per semplice convenzione, nel qual ultimo caso poteano accadere così fra presenti che fra assenti per nunzio o per lettera, si riducono ad un accordo su nozze future privo di ogni sanzione nel caso di suo inadempimento[2] del quale passiamo ad esporre le norme.[3]

---

[1] Citazioni da Plauto in Karlowa, *Röm. Rechtsg.*, II, p. 178, n. 1.

[2] Si voleva così custodire la libertà dei matrimoni. Era nulla perciò anche ogni clausola penale per il caso di non seguito matrimonio. L. 5, § 6, C. 5, 1 *cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet.*

[3] Il miglior informatore sugli sponsali (Varro, l. l. VI, pag. 69-71) li presenta come abbiamo fatto nel testo, ossia come promessa unilaterale del padre di dare la donna, e c'informa che in caso di mancanza alla promessa, il pretore applicava rigidamente la legge, i censori giudicavano secondo equità. Gellio, 4, 4, ci attesta l'uso di sponsali obbligatorii per il Lazio, ma li presenta, citando parole di

Possono scambiarsi la promessa i padri dei coniugi, se hanno i figli in potestà; ma essa non tiene allora nel diritto avanzato, se non consentono i figli. Il figlio può liberamente e deve consentire esplicitamente. La figlia è ritenuta acconsentire anche se tace; e il consenso vale per ottenuto, cioè la figlia non può dissentire validamente, che se il padre le sceglie uno sposo *indignum moribus vel turpem.*[1] Futuri coniugi indipendenti si scambiano la promessa tra loro. Agli sponsali occorre in ogni caso il consenso delle persone, delle quali è richiesto il consenso per il matrimonio. Non è stabilita un'età dei futuri coniugi per contrarli; basta che siano in grado d'intendere di che promessa si tratta. Giustiniano soltanto fissò il termine di 7 anni.

L'effetto degli sponsali, che risultò determinato, come sembra, durante l'impero, è soltanto di stabilire un rapporto personale tra i fidanzati simile a quello matrimoniale. Il fidanzato che stringa altri sponsali, mentre tengono i primi, diviene infame. Per essi sorge una specie di affinità tra un fidanzato e gli ascendenti e discendenti dell'altro; infatti gli sponsali costituiscono un impedimento al matrimonio tra codeste persone nei gradi in cui è d'impedimento l'affinità conseguente al matrimonio. Esse non possono far testimonianza l'una contro l'altra e l'uccisione di una per parte di un'altra di loro è qualificata per parricidio. Il fidanzato può agire per l'ingiuria fatta alla fidanzata. Questa gli deve fedeltà; se vi manca, la colpa è assimilata, a partire da Settimio Severo, all'adulterio.

Gli sponsali possono essere sciolti per semplice dichiarazione unilaterale di un fidanzato di non intender più di unirsi in matrimonio coll'altro. Usava normalmente esprimere ciò colla formula: *condicione tua non utor*. Dato

---

Servio Sulpicio, come una duplice *sponsio:* una promessa di dare in moglie e una promessa di riceverla. Dobbiamo ritenere che non citi esattamente e che fraintenda la sua fonte, interpretandola secondo il carattere degli sponsali al suo tempo, che erano veramente promessa di fare anzi che di dare.

[1] L. 21, D. 23, 1.

che il fidanzato fosse nella patria potestà, potea sciogliere gli sponsali il padre. Il tutore invece non può sciogliere gli sponsali della fidanzata in sua tutela, a meno che, aggiunse Giustiniano,[1] questa non consenta. Gli sponsali si sciolgono anche per il sopravvenire di un impedimento al matrimonio.

A partire dall'impero cristiano troviamo contemplate nella legislazione le arre sponsalizie (*arra sponsalicia*), date da un fidanzato all'altro a garanzia che la promessa sarà adempiuta. Rispetto ad esse fu stabilito che chi le avea ricevute, se gli sponsali erano sciolti per volontà ingiustificata dell'altra parte, le riteneva. Se invece erano sciolti per volontà sua, allora, secondo il codice giustinianeo, che sostituì in questa parte prescrizioni più miti alle precedenti sancite nel codice teodosiano, avendo egli giusto motivo di recedere dagli sponsali, dovea restituire semplicemente ciò che avea ricevuto; altrimenti dovea restituire il doppio. Chi però ha ricevuto l'arra, mentre non ha ancora 25 anni o non ha impetrato la *venia aetatis*, deve restituire in ogni caso soltanto il *simplum*. Come esempi del giusto motivo accennato è menzionata nelle fonti giustinianee la *turpis vel impudica sponsi conversatio aut religionis vel sectae diversitas* e l'impotenza del futuro consorte. La larghezza con cui Giustiniano ammise le scuse per lo scioglimento degli sponsali rendeva praticamente quasi inefficace la prescrizione della pena. Con ciò Giustiniano tornava quasi interamente al principio del diritto classico che esclude ogni coazione alle nozze. E nella penalità in discorso è in realtà implicita una coazione, quantunque si sia cercato di negar ciò, considerandola come un risarcimento di danno o come un *solatium* del mancato matrimonio.

Era ab antico lecito ai fidanzati farsi doni i quali erano sottoposti alle norme ordinarie. La donazione poteva essere *simplex* oppure fatta *adfinitatis contrahendae gratia*, a condizione cioè che seguisse il matrimonio. Quella, non avvenendo il matrimonio, era trattenuta dal

---

[1] La l. 6, D. 23, 1, da « *nisi forte* » è interpolata.

donatario; questa andava restituita al donante o ai suoi eredi, se il matrimonio non avveniva senza sua colpa.

Intorno alla sorte giuridica di questi doni nell'età postclassica parleremo, trattando della *donatio propter nuptias*.

§ 44. — Scioglimento del matrimonio.

Contempliamo insieme le cause di scioglimento del matrimonio che lo dissolvono naturalmente e quelle che lo dissolvono anche solo civilmente, convertendolo da giusto in ingiusto.

Il matrimonio si scioglie per la morte e per la *capitis deminutio maxima* di uno dei coniugi.[1] La *capitis deminutio media* lo scioglieva assolutamente, se il cittadino perdeva la cittadinanza per divenire apolide, come avveniva nel caso di deportazione nel diritto pregiustinianeo; Giustiniano ridusse la deportazione ad essere soltanto giusta causa di ripudio. Ove il cittadino perda la cittadinanza propria per assumere quella di un altro Stato, allora se questo Stato avea il *connubium* con Roma, il matrimonio perdurava come *iustum;* altrimenti perdurava come *iniustum.* La *capitis deminutio minima* non importò mai scioglimento del matrimonio da quando esistette il matrimonio libero.[2]

Il matrimonio cessava anche per un impedimento sopravveniente, il che avveniva ad es. se il suocero adottava il proprio genero. Questi, in base al principio che si diviene cognati delle persone di cui si diviene agnati, di-

---

[1] Sul caso di *postliminium* e sulle norme giustinianee relative si è parlato al § 27.

[2] Quando però matrimonio non era senza la *manus,* essa ne importava l'estinzione, se la donna veniva per la *c. d. m.* a trovarsi fuori della famiglia del marito. Quindi ad es. non importava la sua estinzione nell'arrogazione. Il padre adottivo acquistava la *manus* sulla donna prima posseduta dal figlio adottivo e la donna restava nella famiglia del marito. Ma se il figlio era emancipato, dato in adozione, posto *in causa mancipii,* il matrimonio era sciolto, perchè la donna restava nella famiglia del padre, mentre il figlio ne usciva.

veniva infatti fratello della propria moglie e colla sorella non si ha *connubium.*[1]

Solo Giustiniano abolì un'altra causa di scioglimento del matrimonio che consisteva nel divenire il marito di una libertina senatore e che dipendeva dalla mancanza di connubio fra libertini e persone di rango senatorio.

Il caso più importante di scioglimento del matrimonio durante la vita dei coniugi è il divorzio. La storia primitiva di questo istituto è incerta. Esporremo in proposito l'ipotesi che ci sembra più probabile.

Il matrimonio *cum manu* non potea evidentemente essere solubile che per volontà del *paterfamilias*, che avea la moglie propria o del figlio nella sua *manus*. La volontà della donna di sciogliere il matrimonio non potea venire in considerazione, in causa dell'assoluta sua subordinazione all'avente potestà. Questi ora potea sciogliere il matrimonio e conservare la *manus*, e potea sciogliere quello e insieme perdere questa. Facea la prima cosa quando, non volendo più saperne di tenere la donna a disposizione propria o del figlio come moglie, la allontanava nel fatto da sè.[2] Questo allontanamento dicesi « ripudio, » nome dato poi ad ogni ripulsa di un coniuge per parte dell'altro o di chiunque avesse diritto a sciogliere il matrimonio. Il ripudio importava sempre scioglimento del matrimonio. Si distinsero però i ripudi fatti per motivi giusti dagli altri.[3] Ove il ripudio fosse ingiustificato, ci si dice che

---

[1] Ad evitare lo scioglimento del matrimonio in tale ipotesi occorreva che il suocero, prima di adottare il genero, emancipasse la figlia.

[2] Si verificava qui la stessa ipotesi che si ha nel caso di ripudio di un figlio, che pur non importa cessazione della patria potestà, Val. Mass., 5, 8, 3. V. Schulin, *Lehrbuch.*, pag. 250. Era d'uso che il *paterfamilias* esprimesse la volontà di separare la donna da sè col dirle: *res tuas* (il peculio) *tecum habeto,* e sottraendole insieme le chiavi della casa.

[3] Troviamo presentati come soli motivi giusti di ripudio l'adulterio della donna, il bere essa vino (ed una prova di questa sua colpa si vedeva nell'aver essa falsificato le chiavi della cella vinaria, onde dei nostri informatori chi mette in rilievo il fatto dell'aver bevuto vino, chi la falsificazione delle chiavi) e la φαρμακεία τέκνων da parte della donna stessa (procurato aborto? uccisione?

parte dei beni del marito diveniva sacra a Cerere, parte della donna, un'informazione molto oscura.[1] S'intende però che la conservazione della *manus* dopo il ripudio non costituiva una condizione logica di cose. Logico era che il *paterfamilias* si disfacesse della donna non solo come moglie ma come persona *loco filiae* poichè tale gli era divenuta solo per essere moglie. Ciò potea fare in origine in un modo solo: alienandola fuori della sua gente. In progresso di tempo, costituita la città, prima questa alienazione, che rimaneva efficace, fu punita;[2] poscia la si rese inefficace. Allora convenne creare altri mezzi che permettessero di sciogliere la *manus* nel caso di ripudio. La giurisprudenza pontificale introdusse a codesto scopo per i matrimoni confarreati la *diffarreatio*, una cerimonia la quale portava codesto nome per essere un sacrificio che si faceva *farro libo adhibito*. Per i matrimoni non confarreati, avesse avuto luogo la *conventio in manum* mediante *coemptio* od *usus*, non restò che ricorrere ad una *mancipatio dicis causa*. La vendita seria della donna rimase vietata; ma si permise che la donna fosse venduta, perchè fosse manomessa tosto *e mancipio*. Nel caso di *diffarreatio* come di *manumissio e mancipio* la donna diveniva *sui iuris*.

Nei matrimoni liberi originariamente la facoltà di ripudio fu bilaterale. Da un lato potea ripudiare la donna il marito che fosse *sui iuris*, oppure il padre suo, se era *alieni iuris;* dall'altro potea ripudiare il marito il padre della donna, se questa era *alieni iuris*, o il suo tutore se era *sui iuris*. Queste volontà poteano manifestarsi, senza che fossero stabilite pene, anche se non esistevano giusti motivi di ripudio. Le cause di giusto ripudio prima annoverate non risguardavano infatti che i matrimoni

---

avvelenamento? stregamento dei figli?). È probabile però che queste non fossero se non le cause più gravi di ripudio.

[1] Per lo meno l'ultima sua parte dev'essere erronea, poichè suppone che la donna ripudiata divenisse *sui iuris*, ciò che invece per il solo ripudio non avveniva. Questo di per sè lasciava la donna nella *manus* dell'avente potestà.

[2] Infatti una legge attribuita a Romolo e gia menzionata ordinò che il *paterfamilias* che avesse fatto ciò fosse immolato agli dei inferi.

cum manu.[1] Ai pericoli di abuso del ripudio da parte del marito o del padre suo (pericolo che dovea essere molto minore da parte del padre o del tutore della donna) soccorreva il costume che riprovava i ripudi ingiustificati, e ad esso davano soddisfazione i censori punendo di *nota censoria* chi se ne rendesse colpevole.

Col tempo, come la volontà dei coniugi va prevalendo nello stringere il matrimonio, così va prevalendo nello scioglierlo. Il marito benchè figlio di famiglia può ripudiare la moglie; e questa a sua volta il marito, benchè sia figlia di famiglia o sia nella tutela. Sulla fine della repubblica anche la donna *in manu* potè costringere il marito ad abdicare ad essa. Rimase però salvo il diritto di ripudio degli aventi potestà sui coniugi, compreso tra questi il tutore della donna. Questi rompono il matrimonio, manifestando la volontà che la donna non resti a disposizione del marito. La facoltà del tutore della donna di far ciò, come quella del padre di rompere il matrimonio del figlio, dev'essersi estinta per tempo. Quella del padre della donna non fu abolita che, al più presto, da Antonino Pio.[2]

Il divorzio sia per volontà di una sola parte sia per comune consenso dei coniugi si compie in qualunque modo si renda manifesto che la disposizione della donna al fine coniugale si vuole cessata. Ma dovea trattarsi di un deliberato e fermo proposito di disunione.[3]

---

[1] Ciò appare dal fatto che si aggiunge al divieto di ripudio, salvo che per certe cause, quello di vendita della donna. La vendita presuppone la *manus*.

[2] La nostra esposizione darebbe che sempre il matrimonio in Roma sia stato solubile; che sempre sia stato soggetto al principio che Giustiniano esprime a giustificare il divorzio *quoniam in iis quae ab hominibus fiunt, quod ligatum est etiam dissolvi potest* (Nov. 22, c. 3). Desume altri un'originaria indissolubilità del matrimonio dal fatto che il matrimonio confarreato degli alti *flamines* fu insolubile sino a Domiziano. Ma può non trattarsi che di un'eccezione fondata su motivi religiosi e che non ha maggiore importanza dell'altra che troviamo in epoche storiche consistente nell'impossibilità per la liberta moglie al suo patrono di far divorzio senza il suo consenso.

[3] L. 3, D. 24, 2. *Itaque quidquid in calore iracundiae vel fit vel dicitur non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit iudicium animi fuisse.*

Usava, quantunque non fosse prescritto, che il marito convocasse prima di procedere al ripudio un *consilium* di cognati della donna o di amici per averne il parere. Troviamo che i censori espulsero dal Senato nel 307 a. C. L. Antonio per non aver fatto ciò In generale i ripudi non furono fatti leggermente in Roma mai nell'età antica. Non fu certo il primo divorzio quello di Sp. Carvilio Ruga che gli antichi ci presentano per tale e che sarebbe avvenuto al più presto nel 527 d. R. Valerio Massimo reca infatti memoria di un divorzio (certamente neppur esso primo) avvenuto nel 447 d. R. Queste informazioni non servono che a provare la rarità primitiva dei divorzi e la ragionevolezza con la quale si fece uso della facoltà di divorziare, benchè non fosse nei matrimoni liberi vincolata da giustificazioni. Ma il divorzio è tale istituto che resta contenuto nella sua applicazione e quindi non reca inconvenienti soltanto presso società di alto sentimento morale e famigliare. Appena questo decada, esso è causa di dissolvimento delle famiglie, per la frequenza e la leggerezza con cui vi si procede. Ciò accadde appunto in Roma sul cadere della repubblica. Tuttavia l'istituto del divorzio era così radicato nella società romana, perchè inerente al concetto stesso che essa avea del matrimonio, che, salvo un brevissimo periodo di tèmpo sotto Giustiniano, neppure il divorzio per mero comune consenso fu non che vietato, punito, e rimasero sempre validi gli ingiustificati ripudi. Rispetto ai quali il diritto si limitò ad infliggere dei danni patrimoniali ai loro autori. Danni patrimoniali furono anche inflitti al coniuge che dava un motivo giustificato all'altro di ripudio.

Anche Augusto, che pur si era assunto di riformare i costumi, non seppe porre freno ai divorzi. Si limitò a stabilire una forma, perchè avessero luogo efficacemente. La legge *Iulia de adulteriis* (18 d. C.) stabilì infatti probabilmente così per i divorzi (bilaterali) come per i ripudi, che dovessero aver luogo mediante una dichiarazione fatta dinanzi a sette cittadini romani puberi. Venne in uso di fare questa dichiarazione in un documento scritto (*libellus repudii*) che un coniuge inviava all'altro di solito

per mezzo di un liberto e che veniva consegnato dinanzi ai sette testimoni accennati alla parte a cui era indirizzato.

Gli imperatori cristiani si limitarono a precisare le cause che giustificavano i ripudi ed a punire più gravemente i ripudi non giustificati da esse.

Nella legislazione giustinianea tutta la materia del divorzio è rimaneggiata e regolata *ex novo*. In essa abbiamo quattro figure di divorzio:

a) *Divortium communi consensu.* L'imperatore non ammette più che i coniugi possano senza pena sciogliere il matrimonio di mutuo accordo, eccettuato il caso che entrambi volessero far voto di castità. Chi di essi violasse poi il voto di castità era colpito da danni patrimoniali. La disposizione fu un atto di audace ma anche inutile ribellione contro un'antica tradizione giuridica e morale. L'immediato successore di Giustiniano, Giustino II, si vide costretto a ristabilire il diritto precedente sopprimendo le pene stabilite da Giustiniano.

b) *Divortium bona gratia.*[1] Consiste nel ripudio per un motivo contemplato dalla legge, che non costituisce una colpa del coniuge ripudiato. I motivi sono: il voto di castità o la prigionia[2] di un coniuge e il non essersi mai il marito, per causa d'impotenza, congiunto carnalmente alla moglie, per due anni, secondo la l. 10 C. 5. 17, per tre, secondo la Nov. 22. c. 6. dall'inizio del matrimonio.[3]

c) *Repudium sine ulla causa.* È il ripudio senza un motivo riconosciuto dalla legge. Anche in tal caso si ha scioglimento del matrimonio, ma il coniuge ripudiante incorre in danni patrimoniali ed è inoltre chiuso a perpetuità in un chiostro.

d) *Repudium ex iusta causa.* È il ripudio per un motivo che costituisce una colpa del coniuge ripudiato.

---

[1] Non ha importanza che talora si chiami *bona gratia* anche il divorzio *communi consensu*.

[2] V. però le avvertenze fatte al § 31.

[3] In questo caso potevano ripudiare il marito anche i genitori della donna. Una costituzione di Costantino permetteva il ripudio nel caso di presunzione di morte del marito. Giustiniano prima riformò e poscia abolì la norma colle Nov. 22, c. 14, e 117, c. 11.

I motivi sono, rispetto alla moglie: l'aver saputo di macchinazioni contro l'impero e l'averne taciuto al marito; l'aver insidiato alla vita del marito; l'aver commesso adulterio;[1] da ultimo la sua sospetta, sregolata o irriverente condotta, di cui ci si dà per esempio il pernottar essa fuori di casa senza motivo plausibile, il partecipare a banchetti di gente estranea, il commettere vie di fatto contro il marito, ecc. Rispetto al marito: l'aver macchinato contro l'impero o l'aver taciuto di macchinazioni simili; l'aver accusato di adulterio la moglie senza provarlo; l'aver tentato di prostituirla; la relazione con donna maritata e il tenersi una concubina in casa o il frequentarla notoriamente in altra casa nella stessa città. In tutti i casi di ripudio giustificato danni patrimoniali colpiscono il coniuge ripudiato.[2] L'adultera era inoltre chiusa in un chiostro.

Giustiniano provvide anche a frenare i divorzi coll'esigere, dietro a qualche precedente di Marco Aurelio e di Diocleziano, che dovessero acconsentire, per la sua validità, al divorzio i parenti che devono acconsentire, per la sua validità, al matrimonio.

§ 45. — Il concubinato.

Tutte le relazioni a scopo sessuale tra uomo e donna, che non fossero strette con intenzione maritale, aveano il carattere di mere unioni di fatto, che non originavano di per sè alcun rapporto giuridico tra le parti. Fra queste i Romani ne distinsero ab antico una, cui diedero il nome di concubinato, caratterizzata da ciò che dell'*affec-*

---

[1] Il marito era anzi allora costretto al divorzio, se non volea essere accusato di *lenocinium*; ma poteva dopo due anni riprendere in moglie l'adultera.

[2] I danni patrimoniali, di cui si è parlato in tutta questa materia del divorzio, consistevano nella perdita della dote e rispettivamente della *donatio propter nuptias* a favore del coniuge innocente o dei figli nel divorzio *communi consensu*; e in mancanza di dote o di *donatio*, di un quarto della propria sostanza, ma non mai oltre i cento solidi.

tio maritalis era presente una sola parte, ossia il proposito di un'unione perpetua, ma mancava l'altra, ossia il proposito di un'unione piena. Il concubinato esisteva, fossero o no osservate le condizioni proprie del matrimonio. Onde ad es. poteva vivere in esso così il celibe che il coniugato. Circa ai figli natine si applicavano le norme consuete relative ai figli nati fuori di matrimonio.

Il concubinato dovea col tempo acquistare una più precisa configurazione sociale, che finì col convertirsi in giuridica. Si diede codesto nome in senso tecnico al concubinato stretto dall'uomo libero celibe con donna libera non maritata di condizione meno onorevole, e quindi tale che chi si fosse unito matrimonialmente con essa sarebbe incorso nella riprovazione sociale, se erano rispettate tutte le altre condizioni d'ordine fisico e morale di un valido matrimonio. Questa forma di relazione divenne, specialmente a partire dall'impero, molto frequente in causa del maggior rigore con cui allora si giudicava chi facesse un matrimonio sconveniente. Si noti che il difetto di *connubium* tra le parti non basta a impedire il matrimonio; esso lo rende soltanto ingiusto. Perciò la riprovazione sociale accennata si estendeva a tutti i matrimoni sconvenienti giusti od ingiusti. La moltiplicità dei casi di sconvenienza[1] importava che chi temea il giudizio comune preferisse avere a concubina la donna che non poteva convenientemente avere in moglie e che la società approvasse una simile condotta, tanto più quando la legge stessa impediva di stringere un matrimonio giusto o con quella donna o con qualsiasi donna.[2]

---

[1] Sconvenienti furono particolarmente considerati i matrimoni tra ingenui e libertini finchè non fu ammesso il *connubium* tra loro; tra persone di rango senatorio e le donne, con le quali, come si disse, non aveano *connubium;* tra ingenui e le donne colle quali rimase loro sottratto il *connubium* anche dopo il 736 d. R.; tra patrono e liberta fra cui pur c'era *connubium.*

[2] Così la mancanza di *connubium* tra il preside di una provincia e una donna provinciale facea sì che il preside paresse giustificato se, invece di stringere un matrimonio ingiusto, stringeva un concubinato con una provinciale. I soldati, sinchè fu loro vietato il matri-

Il rispetto delle condizioni matrimoniali accennate, combinato colla giustificazione o la scusa passionale, diede così al concubinato nella pluralità dei casi un aspetto di decenza, che gli meritò il favore della legge. Esso apparve un semimatrimonio o, come altri dice, un matrimonio morganatico.

La prova che fra le parti esisteva concubinato e non matrimonio non potea risultare che dalle circostanze.[1] In generale però si ritenea, fino a prova contraria, che l'uomo avesse la donna, che non era conveniente sposare, a concubina. Con donna degna di essere moglie non potea esistere fino a Giustiniano che o matrimonio o stupro. Ma l'imperatore ammise che si potesse averla a concubina, purchè si dichiarasse innanzi a testi di volerla avere per tale.[2]

Il concubinato si stringeva come il matrimonio con nudo consenso delle due parti; si scioglieva così per comune consenso che per ripudio unilaterale. Soltanto la liberta non poteva ad arbitrio lasciare il patrono. Si scioglieva anche mutandosi in matrimonio. Il mutamento si desumeva dalle consuete circostanze che dimostrano la presenza della *maritalis affectio.* Lo spirito regolamentare del tardo impero condusse però Giustiniano a stabilire che non si ritenesse avvenuto, se non si redigevano strumenti dotali e in essi non si manifestasse l'intenzione matrimoniale. Il concubinato costituiva uno «stato» al pari del matrimonio, alle stesse norme del quale era sottoposto per l'età richiesta nelle parti e per riguardo agli impedimenti derivanti dalla parentela e dall'affinità. Nè si potea avere più di una concubina; nè chi avea

monio, prendevano anch'essi delle concubine (*focariae*) anzichè delle mogli *iniustae.* E lo stesso facevano i *classiarii,* ai quali il matrimonio rimase sempre vietato.

[1] Quali l'assenza di dote, la sproporzione del grado tra le parti, il tener la donna estranea alle proprie relazioni sociali, ecc.

[2] In l. 3 pr. D. 25, 7 è interpolata la frase *sine testatione hoc manifestum faciente* per opinione comune. Per me è interpolata tutta la frase *alioquin... conceditur,* con cui si ammette una possibilità che contrasta coll'essenza e la ragione storica del concubinato.

moglie potea anche avere una concubina. Il concubinato deve infatti per il suo stesso concetto surrogare il matrimonio e non unirglisi. Se un uomo ammogliato stringeva una relazione permanente con altra donna, non si avea quindi concubinato nel senso tecnico del termine. Vero è che la legge manifestava una certa tolleranza anche verso queste unioni, se non riuscivano offensive alla moglie, come risulta dalle norme esposte sul ripudio *ex iusta causa.* Onde le donne, andando a marito, usavano cautelarsi da codesti concubinati irregolari, mediante stipulazioni penali col marito.

Il diritto cominciò ad avere riguardo al concubinato colla legge *Iulia de adulteriis* secondo la quale, mentre è punito il congresso carnale sia con donna maritata (*adulterium*) sia con donna di onesta condizione non maritata (*stuprum*), è esento dalla pena dello stupro il concubinato. Nel diritto privato questo non entrò che con una disposizione di Traiano, per la quale fu accordato ai figli procreati in concubinato da soldati, durante il servizio, di succedere ab intestato al loro padre nel grado dei cognati. Si trattava, come appare, di una disposizione di favore pei soldati, che costituisce un *ius singulare.* Solo nell'impero cristiano il concubinato divenne un istituto del diritto comune. I figli avuti da concubina (che allora si distinguono col nome di *liberi naturales* dagli *spurii* e *vulgo concepti*) possono essere legittimati. Inoltre fu accordato loro da Giustiniano verso il loro padre un diritto alimentare e un diritto di successione limitato ad un sesto dell'asse ereditario, quand'egli non lasciasse figli, nè moglie legittimi. Da questo sesto doveano togliere una porzione virile che andava a favore della loro madre. Lo stesso diritto alimentare e successorio nelle stesse ipotesi ebbe il padre rispetto ai figli naturali.

A danno della concubina e dei figli naturali furono stabiliti ora divieti ora limitazioni assai vari nel tempo circa la loro capacità di succedere per testamento nei beni del rispettivo consorte e padre. Giustiniano prescrisse che la concubina potesse ottenere anche tutta la sostanza del consorte in difetto di altri successibili.

Il concubinato non fu vietato che nel nono secolo d. C. dall'imperatore Leone.

Una recente teoria opposta a quella qui svolta intorno al concubinato sostiene che sia stato introdotto nel diritto da Augusto come una specie di matrimonio di secondo ordine, per surrogare matrimoni prima permessi ed ora da lui vietati. In realtà Augusto non restrinse la possibilità dei matrimoni; anzi la ampliò. E con ciò cade la base stessa della teoria.

§ 46. — Concetto e sviluppo storico della dote. — Elementi possibili di essa. — Modi di costituirla. — La dote durante il matrimonio.

La dote è il complesso dei beni che la donna porta al marito per alleviargli gli oneri del matrimonio, che per la costituzione della famiglia romana cadono tutti su di lui.[1] Si dice « complesso di beni, » perchè l'apporto della donna, anche se formato da più e disformi elementi patrimoniali, riceve unità dallo scopo comune (*causa dotis*) per il quale questi elementi entrano nel patrimonio del marito. Si dice ancora « che la donna porta al marito, » perchè sono in dote soltanto quei beni che siano dati al marito o dalla donna stessa o da terzi, come contributo della donna agli oneri matrimoniali.[2]

La destinazione della dote importa che non si abbia dote, se non v'ha matrimonio valido. Un bene trasferito nel patrimonio del marito anteriormente al matrimonio a scopo dotale non diviene quindi dotale che se segue e da quando segue il matrimonio.[3]

---

[1] E non è, come fu sostenuto, una semplice donazione al marito in occasione del matrimonio.

[2] Un dono fatto al marito, in vista dei pesi matrimoniali, ma come contributo del dante, non come contributo della donna, non è quindi dote.

[3] Si potea dare in dote una cosa a condizione che seguissero le nozze; allora la proprietà non passava al marito che quando seguivano le nozze; si potea anche darla senza codesta condizione e

Non si ha neppure dote, se l'apporto è fatto coll'idea che deva essere reso al giungere di un termine, al verificarsi di una data condizione, che non sia quella stessa della fine del matrimonio. È in dote solo ciò che è dato perchè resti presso il marito, in quanto la natura del bene dato in dote lo consenta, almeno finchè esiste matrimonio.[1]

Non si ha da ultimo dote, se l'apporto ha luogo non allo scopo di contribuire agli oneri matrimoniali. Un dono quindi della fidanzata al fidanzato ad attestargli affetto non si converte in dote, seguito che sia il matrimonio. Nè entrava in dote un dono fatto dalla moglie al marito allo stesso scopo, in quel tempo in cui le donazioni tra coniugi erano valide.

Codesta destinazione dell'apporto toglie alla costituzione di dote il carattere di donazione fatta al marito. La *causa dotis* non è una *causa lucrativa*.[2] Se la costituzione di dote per atto spontaneo di terzi che non se ne fanno promettere la restituzione allo scioglimento del matrimonio importi una donazione alla donna a partire dal tempo in cui questa potè ripetere la dote è discusso ed è discutibile.

La dote è antichissimo istituto romano.[3] Circa le sue origini è da ritenere che essa sia venuta in uso nei matrimoni esogamici a compenso dell'onere che assumeva la nuova gente in cui la donna entrava e per evitare che questa vi fosse trattata come comperata in ancella anzi che in moglie. Surrogate le autonomie famigliari alle gentilizie, troviamo che la dote è ritenuta necessaria in tutti

---

allora la proprietà passava subito, ma la *causa dotis* per cui la cosa era data importava che, non seguendo il matrimonio, fosse ripetibile con una *condictio*.

[1] Questo e non altro esprime la sentenza di Paolo: *dotis causa perpetua est et cum voto eius qui dat ita contrahitur ut semper apud maritum sit.*

[2] Non prova il contrario il fatto che se alcuno volontariamente e volendo gratificare il marito promise una dote, non può essere condannato che *in id quod facere potest* al pari di coloro in genere che *ex liberalitate conveniuntur.*

[3] Non però specifico a Roma. La si trova presso altri popoli contemporanei al romano.

i matrimoni, onde la donna entri dignitosamente nella casa maritale. È da dire però che nel corso del tempo il pericolo che la dote eliminava mutò. Essa serviva a dimostrare non già che la donna non era data in ancella, ma che non era una concubina.[1]

Il concetto della dote è nei tempi storici tutto di fatto. Un qualunque aumento del patrimonio del marito prodotto per un contributo della donna agli oneri del matrimonio è dote. Quindi è indifferente il modo col quale si verifica l'aumento del patrimonio del marito. O siano terzi che trasferiscono beni propri al marito; o sia la donna stessa che trasferisce nel matrimonio libero beni suoi; o acquisti il marito per *universitatem* i beni della donna *sui iuris* nel matrimonio *cum manu,* sempre questi beni costituivano dote. Quest'ultima affermazione è a torto controversa.[2]

Per lungo tempo nè la donna fu obbligata dal diritto a dotare sè stessa, nè altri a dotarla. Soltanto la legge *Iulia de maritandis ordinibus* (4 d. C.), mirando a favorire i matrimoni, trasformò l'antico obbligo morale del

---

[1] V. sulle origini della dote i miei *Problemi di origini,* pag. 33 seg.

[2] Testi che confermano il carattere dotale dell'acquisto per *universitatem* fatto dal marito dei beni della donna *sui iuris* nel matrimonio *cum manu* sono Vat. fr. 115; Gellio, X, 23; Cic., *Top.*, 4, 23. Però alle origini la cosa dovea essere diversa. Il nome di « dote » dalla stessa radice di « dare » e i modi di costituzione di dote indicati dagli antichi (*datio, dictio, promissio*) non solo non comprendono, ma anzi escludono l'acquisto *per universitatem* dei beni della donna in seguito alla *conventio in manum.* Io ritengo che dote non si avesse primitivamente rispetto alla donna *sui iuris,* perchè probabilmente essa, e se ne videro gli argomenti, non potea fare un matrimonio esogamico. Ammessa a far questo, allora si pareggiò l'acquisto che facea il marito per la sola *conventio in manum* alla dote *data, dicta, promissa.* Dopo tutto, senza la volontà della donna e del suo tutore, che poteano alienare i beni prima della *conventio in manum,* il marito codesto acquisto non lo avrebbe fatto. Resesi indipendenti le famiglie, si ebbe un acquisto del marito in forza della *in manum conventio* anche nei matrimoni endogamici, che si considerò pur dote. Infine la dote si applicò ai matrimoni liberi, nei quali la sua figura acquistò rilievo più preciso. Un'avvertenza appena necessaria si è che sono dote in ogni caso i beni acquistati dal marito per la *conventio in manum* e non quelli che acquistasse posteriormente pel tramite della donna, quando questa è già *loco filiae* presso di lui.

paterfamilias di dotare la figlia in un obbligo giuridico. Egli era astretto a far ciò con *extraordinaria cognitio*. L'obbligo non si estende al *parens*. Onde, se la figlia è emancipata, almeno nel diritto classico, il padre non è tenuto a dotarla. Per il diritto giustinianeo la cosa è dubbia. L'obbligo esiste in ogni caso solo se la figlia non abbia beni propri da dare in dote. Nella stessa ipotesi, per prescrizione di Giustiniano,[1] deve dotare la figlia anche la madre, quando soccorra un grave motivo o la figlia sia ortodossa e la madre nò.

Se queste sole persone devono, tutti possono costituire una dote, così la donna come terzi. Per favorire la costituzione della dote da parte dei cognati della donna la legge *Cincia de donis et muneribus* sottraeva la costituzione stessa alle restrizioni, che stabiliva per le donazioni. A seconda ora delle persone costituenti la dote, questa si distingue in: *profecticia* e *adventicia*. È *profecticia* la dote *quae a patre, vel parente profecta est de bonis vel facto eius*, costituita cioè dall'ascendente paterno maschio.[2] Non si ha riguardo al rapporto di potestà quindi, ma di sangue. È perciò profettizia anche la dote costituita dal padre alla figlia emancipata. Ma dev'essere costituita dall'ascendente *ut parens*. Se il genitore ha un debito verso la figlia e dietro ordine di questa le costituisce in dote l'ammontare del suo debito, è come debitore, non come *parens* che fa ciò e perciò la dote non è più profettizia. La dote costituita da qualunque altra persona dicesi *adventicia*.

Forse sempre,[3] certo nel diritto romano storico, il costituente la dote potè aumentare il patrimonio del marito *causa dotis* in ogni modo possibile, ad es. trasferendogli la proprietà di una cosa mobile o immobile, concedendogli un'enfiteusi, una superficie, un diritto di usufrutto o

---

[1] In l. 14, C. 5, 12 *nisi ex magna et probabili causa vel lege specialiter expressa* è interpolato.

[2] L. 15 pr. D. 23, 3.

[3] Gli argomenti tratti dal termine *dos* da dare, o dalla proprietà collettiva gentilizia degli immobili per escludere che la dote potesse originariamente consistere in immobili non sono convincenti.

l'esercizio di un diritto di usufrutto, oppure una servitù; costituendogli un diritto di credito ad avere un bene di valore economico; liberandolo da un debito, o rinunciando ad una servitù che avea sul suo fondo o ad un usufrutto sulla sua cosa. Anche un patrimonio intero, per es. un'eredità, può essere costituito in dote; e in proposito va avvertito che è in dote l'eredità, anche se questa perviene al marito, perchè il primo chiamato ad essa rinunciò *causa dotis* ad acquistarla, al fine che la acquistasse il marito come secondo chiamato.[1]

I singoli elementi patrimoniali, la somma dei quali forma la dote, possono essere in dote nella loro figura giuridica (ad es. come proprietà, servitù, ecc.) o no. Usava infatti anche *aestimare* o tutti o alcuni di essi e voler che fosse in dote la stima stessa (*aestimatio*). La stima fatta a questo scopo,[2] la quale avea luogo per accordo tra il costituente e il ricevente la dote, e mirava a liberare la donna dalla prestazione del pericolo di perdita delle cose dotali e a togliere di mezzo molte questioni in occasione della restituzione della dote, era concepita dai Romani come vendita, della quale non si applicavano però al caso tutti i principii.

Codesti elementi entrano nel patrimonio del marito coi modi consueti coi quali sono acquisiti anche non *causa dotis;* ad es. con *mancipatio,* se si dà in dote la proprietà di una cosa *mancipi;* con *acceptilatio* se, a scopo di dote, si libera il marito da un debito. Si costituisce in dote un credito alla dote ad es. con una promessa fatta per via di stipulazione di dare in dote un fondo, una servitù, una somma, ecc. Questo credito, a cui

[1] Nel matrimonio *cum manu* della donna *sui iuris* è acquisita al marito solo la parte attiva del patrimonio della donna, salvi i rimedi pretorii; in altri casi così l'attiva come la passiva ad es. nella *in iure cessio* dell'eredità dell'erede legittimo prima dell'adizione.

[2] Potea infatti aversi anche una *aestimatio taxationis causa* delle singole cose dotali, fatta al solo fine di fissare la somma che il marito dovrà pagare, se alcuna perisce per sua colpa. Qui restano in dote le cose e non è in dote la stima.

è inerente la *condicio iuris* che segua il matrimonio, avvenendo questo, è già dote.[1]

Se i singoli elementi della dote sono acquistati al marito nei vari modi veduti, in quanto si consideri la dote nella sua unità e nel suo carattere di aumento patrimoniale, è palese che la dote non può essere costituita che in due modi; o facendo sì che entrino nel patrimonio del marito i beni costituenti la dote e allora si dice che la dote fu *data;* o promettendo di compiere questa dazione. I modi di promettere ciò erano la stipulazione o la *dictio dotis*.[2] Di qui la tripartizione degli antichi: *dos aut datur, aut dicitur, aut promittitur*.[3] La *datio* comprendeva anche, nei tempi storici, l'acquisto *per universitatem* dei beni della donna *sui iuris* nel matrimonio *cum manu*. Se la dote sia data, l'intenzione che i beni trasferiti siano in dote basta risulti dalle circostanze, senza bisogno di espresse dichiarazioni. Invece nel caso di stipulazione e di *dictio* dovea risultare dalla formula stessa della stipulazione e della *dictio*. In ogni caso la dote va data, promessa, detta al marito anche se è nella patria potestà. La costituzione può aver luogo così prima che dopo il matrimonio. Durante questo la dote può anche essere aumentata. La *dictio dotis* andò nel tardo impero in disuso. In sua vece venne in pratica un contratto non formale di costituzione di dote (*pactum dotis*) che fu esplicitamente riconosciuto come valido ed elevato così a *pactum legitimum* da Teodosio II nel 428 d. C.

---

[1] La difficoltà di concepirlo come dote, che esistette in passato e che mosse il Cuiacio e il Donello a negargli codesto carattere, è tutta terminologica, sta cioè nella contraddizione verbale che pare esista nel chiamar dote il credito alla dote. In realtà promettere di dare la dote significa costituire per causa di dote a favore del marito un credito che ha per oggetto la prestazione ad esso di certi beni. Prima quindi è in dote il credito; poi, estintosi questo colla prestazione dei beni promessi, sono in dote i beni stessi.

[2] L'antitesi fra stipulazione e *dictio dotis* sarà esposta trattando delle obbligazioni ed azioni.

[3] Per legato non si costituisce dote. Le fonti non parlano che di un legato *per damnationem* della dote e la dote sorgeva al suo pagamento per via di dazione in dote. Sui nessi della tripartizione col matrimonio esogamico v. i miei *Problemi di origini*, pag. 33 segg.

In origine il titolare dei beni dotali ne disponeva con piena libertà, nè era tenuto a restituire la dote in nessun evento. Quindi la dote giuridicamente si confondeva con tutto l'altro suo patrimonio. Ne rimaneva distinta solo in linea di fatto, sia perchè usava concedere alla donna come peculio una parte della sostanza dotale[1] e dare come peculio al figlio tutta la dote acquistata dal padre per il matrimonio del figlio stesso, sia, sopra tutto, perchè, sciogliendosi il matrimonio, la dote veniva consuetamente restituita o per atto tra vivi o per legato o prelegato. L'autonomia di fatto della dote dovea convertirsi in autonomia di diritto, la dote cioè dovea divenire anche giuridicamente come un'*universitas* a sè entro il patrimonio del marito, atta a subire aumenti (ad es. per accessione) e diminuzioni, senza perdere la sua individualità, colle restrizioni poste alle facoltà del marito circa i beni dotali e col sorgere di un obbligo di restituire la dote prima derivante da atto delle parti, poi da prescrizione del diritto.

Le restrizioni accennate cominciano colla legge *Iulia de fundo dotali*, che è parte della legge *Iulia de adulteriis*. Essa vietò al marito di alienare il fondo dotale italico senza il consenso della moglie. Si considerava alienazione anche imporre un usufrutto o una servitù sul fondo dotale, rinunciare a servitù ad esso competenti, legarlo, lasciarlo usucapire, ipotecarlo. Ma circa quest'ultima forma di alienazione va avvertito che neppure il consenso della donna la permetteva al marito, perchè codesto consenso costituiva un'intercessione e le donne non poteano intercedere per i loro mariti, nè per altri.[2] Il divieto valea anche per il fidanzato e per il marito stesso, pur dopo

---

[1] Gellio, XVII, 6.

[2] Naturalmente il divieto valeva solo quando l'alienazione metteva in pericolo la restituzione della dote. Se il fondo quindi ad es. era stato dato in dote stimato *venditionis causa* o se era soggetto a restituzione alternativamente con un'altra cosa, potendo avere la donna il suo prezzo nel primo caso, questa cosa nell'altro, il divieto cessava. Il divieto di alienazione importava la nullità di essa; la nullità era però sanabile col venir meno di ogni interesse dotale a farla valere.

sciolto il matrimonio, finchè è tenuto a restituzione. Giustiniano vietò l'alienazione dell'immobile pur col consenso della donna e stabilì che il principio valesse, oltre che per i fondi italici, per i provinciali.

Nell'amministrazione del patrimonio dotale nel suo insieme il marito dovea nell'età classica e postclassica usare probabilmente la diligenza di un buon padre di famiglia. Giustiniano esige solo la diligenza *quam in suis*.

La donna durante il matrimonio può far sequestrare la dote, se il marito la dissipa, e farsene anticipare la restituzione in date evenienze; [1] ma non ha alcuna azione contro il marito per esigere che impieghi la dote a vantaggio di lei e della famiglia; nè le spetta alcun controllo sull'amministrazione. È soltanto al momento della restituzione della dote che il marito risponde della sua condotta circa ad essa. È dovuta probabilmente solo a Giustiniano la norma, secondo la quale, nel caso di pazzia della moglie, il suo curatore può esigere che sia alimentata dal marito in corrispondenza all'ammontare della dote; ma così è attribuito alla donna un diritto alimentare non un diritto ad un dato impiego della dote. La stessa insolvibilità del marito, che in diritto giustinianeo autorizza la moglie a farsi rendere la dote in costanza di matrimonio, non credo che abbia importato questo durante l'epoca classica.[2]

---

[1] V. la l. 73, § 1, D. 23, 3.

[2] Non i limiti posti al marito circa la disponibilità del fondo dotale, nè molto inverosimili pretese della donna circa la dote in costanza di matrimonio, ma solo l'obbligo legale di restituzione della dote stessa in date eventualità, di cui diremo, e la conseguente responsabilità del marito per la mala amministrazione di essa indussero già i giurisperiti classici a dire: *mulieris dos est* — *quamvis in bonis mariti dos est mulieris tamen est* — *dos ipsius mulieris proprium patrimonium est* — sentenze tutte che riguardano la dote come *universitas*, cioè come patrimonio e non toccano la spettanza dei singoli elementi giuridici costituenti la dote, dei quali è indubbiamente titolare il marito. È un'infelice trovata di Giustiniano per giustificare la concessione di un'azione reale alla donna circa le cose dotali, la dichiarazione: *cum eaedem res et ab initio uxoris fuerint et naturaliter in eius permanserint dominio. Non enim quod legum subti-*

§ 47. — La dote dopo lo scioglimento del matrimonio.

La dote nel matrimonio *cum manu*, dato che questo si fosse sciolto per morte della donna, rimaneva al marito, se era *sui iuris;* altrimenti al padre suo. Nel secondo caso, morendo poi il padre, la dote passava al marito divenuto *paterfamilias*, o come unico erede, se era tale, o, se avea coeredi, in forza di un legato precipuo.[1] Premorendo il marito, la moglie concorreva cogli altri figli come *heres sua* nella successione ab intestato del consorte. Facendo il marito testamento, era d'uso che questi le lasciasse in legato la dote. Se il matrimonio era sciolto, vivi i coniugi, per ripudio del marito, quando fu possibile che al ripudio si accompagnasse uno scioglimento della donna dalla *manus*, fu anche possibile una restituzione alla donna della dote, restituzione imposta dal costume, non però dal diritto. Ma lo stesso costume autorizzava il marito, che aveva ripudiato la donna per colpa di questa, a «multarla» nella dote, ossia a trattenergliene una parte inferiore alla metà, se si trattava di colpa leggiera; a «condannarla» nella dote, ossia a trattenergliene una parte superiore alla metà, se si trattava di colpa grave. La multa o la condanna erano pronunciate dal marito come giudice domestico della donna in occasione della sua colpa e del conseguente ripudio; egli si diportava in far ciò come un censore famigliare, sia in quanto giudicava *de moribus*, sia in quanto godeva dell'ampio arbitrio proprio dei censori della città. *Mulieri iudex pro censore est*, diceva Catone.[2]

---

litate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta, vel confusa est. L'idea di una «proprietà naturale» antitetica a una «proprietà giuridica» è estranea al diritto romano.

[1] Il *pater familias* gli prelegava cioè la dote. Dove avesse mancato di far questo, troviamo più tardi ammesso che il figlio *per arbitrum familiae erciscundae praecipi ita debet, ut causa filii sit, qua futurus* [il fondo dotale] *esset, si dos per praeceptionem legata fuisset* (l. 51 pr. D. 10, 2). Da ultimo si accordò al figlio, anche se non istituito erede, una *utilis actio familiae erciscundae*, come se fosse erede, per la restituzione a lui della dote.

[2] Gellio, X, 23.

Se il matrimonio si scioglieva per divorzio della donna, da quando ciò fu possibile, non ostante la sua sottoposizione alla *manus*, essa non aveva neppure dal costume una pretesa di restituzione.

Nei matrimoni liberi, non ostante la diversa situazione famigliare della donna, la sorte giuridica della dote, in qualunque modo si fosse sciolto il matrimonio, era la stessa che nei matrimoni *cum manu*. Ma la donna si trovava in condizione peggiore. Non essendo infatti *loco filiae* al defunto, ma rimanendo nella sua famiglia originaria, non avea alcun diritto di succedere ab intestato nei beni del marito. Onde la vedova non potea trovarsi patrimonialmente provvista, se non avea altri suoi beni, che per effetto di disposizioni testamentarie del marito. La più comune era anche in questo caso il *legatum dotis*.

Queste norme ed usi riuscirono sufficiente garanzia degli interessi della donna finchè il costume fu alto, le donne vissero sottomesse ai loro mariti e i divorzi furono rari. Sparite queste circostanze, divenne pratica comune che i costituenti la dote se ne facessero promettere la restituzione. Queste promesse di restituzione sono indicate col nome di *cautiones rei uxoriae*. La dote, a cui fosse stata aggiunta la stipulazione *de reddenda dote*, prendeva il nome di *dos recepticia*. La stipulazione poteva essere interposta da qualunque costituente la dote, compresa la donna stessa *sui iuris*. A questa però non giovava, se faceva poi la *conventio in manum mariti*,[1] perchè il suo credito si estingueva allora per confusione. Sul carattere e contenuto originario di codeste *cautiones* si disputa. È probabile che in origine non contemplassero ogni ipotesi di scioglimento del matrimonio, ma solo quella di divorzio; che seguissero sempre in forma di stipulazione; ed anche, contro un'opinione, la quale trova sostenitori, che avessero per oggetto la restituzione dell'intera dote e non soltanto di quella parte che sembrasse equa ad un arbitro, per qualunque motivo fosse sciolto il matrimonio. La sti-

[1] O all'atto del matrimonio, o dopo essersi unita a lui in matrimonio libero.

pulazione per la restituzione della dote soggiace alle norme comuni a qualunque altra stipulazione.[1]

L'uso delle doti *recepticiae* correggeva le deficienze dell'antico diritto, quanto alla restituzione della dote, soltanto per merito delle parti. Ma occorreva oramai al fine una riforma legislativa. E noi troviamo infatti esistente certo al principio del settimo secolo di Roma un'azione detta *rei uxoriae, in bonum et aequum concepta,* che compete soltanto alla donna e non ai suoi eredi, in forza della quale, quando non fosse stata stipulata nel modo veduto la restituzione della dote, si trattasse dunque di dote *non recepticia,* la dote andava restituita in quanto e nel modo che al giudice sembrasse *aequius melius.*[2]

---

[1] È da avvertire soltanto che, se secondo codeste norme la dote va restituita tutta, perchè di tutta è promessa la restituzione, ciò non vuol dire che dovesse essere restituito il preciso ammontare della dote al momento della sua costituzione. È antico principio del diritto romano: *impensae necessariae dotem ipso iure minuunt,* e vuol dire: in qualunque circostanza occorra fare un computo dell'ammontare della dote, questo ammontare resta determinato, sottraendo dalle attività ciò che fu speso per la conservazione di essa. La dote era quindi restituita tutta, anche quando si restituiva un valore capitale minore dell'originario per la detrazione delle spese necessarie. La detrazione ha luogo però rispetto al valore capitale. Nessun singolo elemento della dote cessa di essere dotale, e nessuno va ritenuto particolarmente. Nella concezione e nell'applicazione del principio v'aveva già tra i giuristi antichi e v'ha tra i moderni notevoli divergenze.

[2] Come si sia introdotta questa azione è incerto. Fu una legge? e se sì, quale? Una *lex Maenia de dote* del 568 d. R., che avrebbe riformato tutto il diritto sulla dote? Una legge fatta per introdurre quest'azione al tempo di Catone? O abbiamo in essa una creazione del pretore? E in questa ipotesi fu sempre un'azione patrimoniale per qualunque caso di scioglimento di matrimonio? o fu in origine un'azione penale contro il marito per il caso di divorzio provocato da colpa del marito, estesa solo alla fine della repubblica al caso di premorienza del marito, togliendole così il carattere di pena e collocandola sulla base dell'idea che la dote dev'essere restituita, perchè, dovendo servire al matrimonio, è giusto che sia resa a matrimonio sciolto? Tutte queste ipotesi furono avanzate, senza che lo stato delle fonti permetta di dichiarare probabile più l'una che l'altra. Si può dire a nostro avviso questo solo che l'azione *rei uxoriae* si presenta come una sanzione giuridica all'uso antico di restituzione della dote per atto tra vivi o per legato da parte del

I principii relativi all'*actio rei uxoriae* sono i seguenti:

a) Sciogliendosi il matrimonio per morte della donna, il marito di regola conserva la dote sia *adventicia* che *profecticia*. In via eccezionale la dote *profecticia* va resa al costituente, se sia ancora vivo all'atto dello scioglimento del matrimonio,[1] *ne filiae amissae et pecuniae damnum sentiret.*[2]

b) Sciogliendosi il matrimonio, vivendo la donna, poichè essa è la persona dotata, ad essa andrà restituita sempre la dote. Ma sarà restituita a lei sola, se è *sui iuris;* a lei e al suo *paterfamilias* insieme se è *alieni iuris*. Ciò tanto se la dote sia *adventicia*[3] che *profecticia*. Nel caso accennato che la donna fosse *alieni iuris*, l'intenzione dell'azione era: *si paret dotem Aulo Agerio filiaeve eius reddi oportere.* Chi sperimentava l'azione era il padre col consenso della figlia, consenso manifestabile anche col solo fatto che la figlia non contraddiceva. I giuristi dicono in relazione a questa norma: *dos communis fit patri et filiae — ipsius* (*sc. patris*) *et filiae dos est — quia in causam dotis particeps et quasi socia obligationis patris filia esset.*[4]

---

marito o del padre suo e un regolamento giuridico di quelle ritenzioni sulla dote, che erano prima in balìa per il loro ammontare e le loro giustificazioni del detentore della dote, per quanto tenuto ad udire un *consilium*.

[1] I suoi eredi non possono sperimentare l'azione a meno che non fosse stata contestata la lite o il debitore della dote non fosse in mora. Dicasi lo stesso per gli eredi della donna pel caso contemplato *sub b*.

[2] L. 6 pr. D. 23, 3.

[3] V' ha però chi sostiene che la donna nel caso di morte del marito avesse diritto a ripetere oltre alla dote profettizia quella sola che essa si costituì coi suoi beni.

[4] La disposizione in sè e queste dichiarazioni sembrano inconciliabili col principio fondamentale del diritto romano che figli di famiglia non possono aver crediti in proprio. E siccome, restituita la dote, questa in forza dell'accentramento del patrimonio famigliare nella persona del *paterfamilias* si confondeva col resto del suo patrimonio, mentre alla figlia non competeva, quando questa norma fu introdotta, alcun diritto ad essere dotata dal padre, così tutta questa materia della dote che diviene comune al padre e alla figlia appare piena di oscurità e d'incertezze. Nè si trova una via plausibile di

c) La dote non va sempre restituita tutta. Per una interpretazione dell'*aequius melius* della formula, la giurisprudenza stabilì che il marito non potesse essere condannato che *in id quod facere potest.* Inoltre il marito poteva in certi casi ritenerne una parte. Queste ritenzioni ebbero vari nomi a seconda delle cause che le giustificavano.

Retentio propter liberos. Il marito riteneva $^1/_5$ della dote per ogni figlio, se il matrimonio si scioglieva per morte della donna e doveva restituire la dote profettizia al costituente. Se invece il matrimonio era sciolto per divorzio cagionato da colpa della donna o impostole dal padre nella cui potestà era, riteneva $^1/_6$ per ogni figlio, non mai però più di $^3/_6$ qualunque fosse il numero dei figli. La ritenzione in questo secondo caso avea forse il carattere di una multa da cui era colpita la donna.

Retentio propter mores. Il marito, nel caso di divorzio cagionato da colpa della donna, poteva renderle tutta la dote, ma agire con *actio de moribus,* di carattere penale e quindi non esercitabile dagli eredi del marito, nè contro gli eredi della donna, per ottenere una somma di soddisfazione presa dall'ammontare della dote e determinata dal giudice. Poteva però anche non rendere tutta la dote; opporre la colpa della donna all'*actio rei uxoriae* e ottenere che il giudice non lo condannasse che a rendere una-parte della dote stessa. Questa ritenzione, rimessa per l'ammontare in origine all'arbitrio del giudice, restò poi fissata (dalla legge *Julia de adulteriis?*) in $^1/_6$ della dote per i *mores graviores* (adulterio); in $^1/_8$ in tutti gli altri casi di colpa (*mores leviores*). La ritenzione ha luogo solo nel caso di azione intentata dalla donna.

Retentio propter impensas. Mentre le spese necessarie diminuiscono *ipso iure* la dote, le spese utili autorizzano il marito a ritenere sulla dote il loro ammontare, se fatte col consenso della moglie. Per le spese voluttuarie non gli compete alcuna ritenzione.

---

conciliare le disposizioni o le dichiarazioni in discorso coi principii fondamentali del diritto di famiglia, nè appare chiaro lo scopo e la ragione della disposizione stessa.

Retentio propter res donatas. Nel tempo in cui le donazioni tra coniugi erano lecite, il marito potea ritenere sulla dote l'ammontare delle donazioni fatte alla moglie. Vietate che furono, il marito potea sperimentare le azioni conseguenti alla nullità della donazione, ma potea anche ritenere l'ammontare dei doni sulla dote. Gli eredi del marito non poteano fare la ritenzione, se il marito non aveva revocato la donazione in vita; ciò da quando l'*oratio* di Severo e Caracalla (206 d. C.) stabilì che per la morte del coniuge donante la donazione diveniva valida, se non era stata da lui revocata.

Retentio propter res amotas. Il marito può per i furti delle sue cose commessi dalla moglie anteriormente al divorzio e in vista di esso, come agire contro la donna con *actio rerum amotarum,* così fare una corrispondente ritenzione sulla dote.

Le tre ultime ritenzioni, avendo giustificazione economica (*ad pecuniariam causam respiciunt*), anzi che famigliare, poteano esser fatte anche dagli eredi del marito.

d) La dote non va restituita subito per intero. Verosimilmente la legge *Julia* e *Papia Poppaea* stabilì che le cose fungibili fossero rese in tre uguali rate annuali (computato l'anno in dodici mesi, *annua bima trima die*) a meno che il marito non avesse cagionato per sua colpa il divorzio, nel qual caso andavano restituite subito, trattandosi di *mores graviores;* entro sei mesi, trattandosi di *mores leviores.* Solo le cose infungibili vanno restituite sempre e subito tutte. E consistendo la dote in tali cose, il marito deve aggiungere in più $^1/_6$ della dote per i *mores maiores;* $^1/_8$ per i *mores minores.*

e) Sciogliendosi il matrimonio per morte del marito, se questi avea fatto qualche lascito alla donna, questa non potea pretendere la dote e il lascito, ma dovea optare per l'una o per l'altro (*edictum de alterutro*).

f) L'*actio rei uxoriae* infine, nel caso almeno che fosse la donna ad intentarla, godeva di un *privilegium exigendi* consistente in ciò che la donna potea esigere di essere soddisfatta sul patrimonio del marito anteriormente agli altri creditori chirografari di questo.

Come appare, il destino della dote, sciolto il matrimonio, non era ben regolato in conformità alla natura della dote mai. Nel caso di dote *recepticia* il credito della dote subiva la sorte comune a tutti i crediti da stipulazione. Le norme intorno all'*actio rei uxoriae* avevano invece soverchio riguardo all'interesse del marito. Nel corso del tempo le incongruenze e le insufficienze di questi due regimi dotali, convenzionale l'uno, legale l'altro, sia considerati ciascuno in sè, sia nella loro coesistenza, si rivelarono meglio e alle antiche andarono aggiungendosi le nuove derivanti dalla mutata condizione della donna nella famiglia, dal suo diritto ad essere dotata, e da quello dei figli suoi a succedere nei beni materni, dall'avanzarsi ognor maggiore in genere della famiglia naturale rispetto alla civile. Inoltre il regime dotale romano mal si adattava al mondo ellenico, dove per antica tradizione si volea che la dote fosse proprietà della moglie e riservata, nel caso di scioglimento del matrimonio per sua morte, ai figli suoi.[1] Di qui la necessità di una larga riforma del regime dotale. Questa fu opera di Giustiniano.

Laddove prima di lui la restituzione della dote era conseguenza di un'azione personale, in seguito alla quale il restituente o dava la stima della dote, se era in dote l'*aestimatio*, o dava il valore di ciò che non si potea più rendere in natura, o infine trasferiva nel patrimonio del creditore della dote i singoli elementi costituenti la dote coi modi necessari e convenienti a ciascuno di essi perchè potesse verificarsi la loro traslazione, Giustiniano prescrisse che le cose dotali in proprietà del marito allo scioglimento del matrimonio cadessero *ipso iure* in proprietà della donna, la quale potea rivendicarle con un'*utilis rei vindicatio*. L'imperatore abolì inoltre l'*actio rei uxoriae;* che volle trasfusa nell'antica *actio ex stipulatu* derivante prima dalla stipulazione *de reddenda dote* ed ora applicabile, invece, avesse o non avesse avuto luogo questa stipulazione. Ordinò però insieme che quest'azione fosse regolata sui principii dell'*actio rei uxoriae,* quante

[1] FERRINI, *Pand.*, § 739.

volte questi fossero più favorevoli alla donna, creando così un'*actio ex stipulatu* di buona fede. In conseguenza di queste disposizioni e di altre minori il regime giustinianeo circa la restituzione della dote è il seguente:

a) La dote va restituita sempre dal marito o dagli eredi del marito.

b) Va restituita sempre alla donna, sciogliendosi il matrimonio in sua vita, se è *sui iuris*, alla donna e al *paterfamilias* congiuntamente se è *alieni iuris*. Ma nel diritto giustinianeo appare chiaro il motivo di quest'ultima disposizione. Il *paterfamilias* deve infatti, rimaritandosi la figlia, costituirle una dote di ugual valore, tolto il caso che la sua sostanza si fosse nel frattempo notevolmente diminuita.

c) Che se il matrimonio si scioglie per morte della donna, la dote avventizia spetta agli eredi della donna; e a questi spetta anche la profettizia, a meno che chi la aveva costituita vivesse al momento della morte della donna. In questo caso andava restituita al costituente.[1]

d) Il marito gode del *beneficium competentiae si non dolo malo versatus est* nell'amministrazione delle cose dotali; ma deve dare garanti *quod si in meliorem fortunam pervenerit, etiam quod minus persolvit, hoc restituere procuret.*[2]

e) L'*edictum de alterutro* è abolito.

f) Sono abolite anche tutte le ritenzioni. Ora per le cose donate il marito può solo agire con *rei vindicatio* o *condictio;* per il caso di *rei amotio* ha la sola *actio rerum amotarum;* per quello di spese, fermo restando il principio che le spese necessarie diminuiscono *ipso iure* la dote, può esperire un'azione di mandato per le spese utili se le ha fatte per mandato della moglie o *negotiorum gestorum* in caso contrario. Circa alle spese voluttuarie ha il diritto di togliere le accessioni, quando il creditore

---

[1] Altri ritiene che occorresse inoltre che il costituente avesse la patria potestà sulla donna al momento della costituzione della dote; altri ancora che la avesse al momento della morte della donna; infine v'ha chi esige che avesse la potestà in entrambi codesti momenti.

[2] L. un., § 7, C. 5, 13.

non preferisca di pagarle. La *retentio propter liberos* non avea più ragione dopo che anche il patrimonio materno stava a disposizione dei figli sia in vita, per gli alimenti, sia dopo la morte della madre per la successione. La *retentio propter mores* è sostituita dalla norma secondo la quale, se la donna si separò senza giusto motivo, o se il marito la ripudiò per adulterio o per gravi delitti, perde il diritto alla restituzione della dote. La norma in discorso, essendo stabilita per ragioni di ordine pubblico e di morale, si applica nonostante qualunque patto contrario.

g) Gli immobili dotali vanno restituiti subito. Tutte le altre cose entro un anno dalla fine del matrimonio.

h) I frutti delle cose dotali percepiti nell'ultimo anno dotale, computando gli anni dalla consegna della dote, vanno divisi tra le parti creditrice e debitrice della dote in proporzione della durata del matrimonio in quell'anno.

k) La donna gode di un *privilegium exigendi* di fronte a tutti gli altri creditori del marito anche circa il credito per le cose date in dote stimate.

l) A garanzia della restituzione le spetta un diritto d'ipoteca sull'intera sostanza del marito, che data dal giorno del matrimonio e che precede tutte le altre ipoteche costituite sia prima che dopo di esso.

m) È ammesso con dei *pacta de reddenda dote* modificare questi principii relativi alla restituzione della dote, purchè non siano contrari al concetto e allo scopo della dote, non ne peggiorino la condizione, e non siano contrari all'equità e all'interesse pubblico.[1] Tra l'altro era valida la convenzione tra il marito e l'estraneo costituente che quegli avrebbe reso la dote a questo.[2] Se

[1] Questi patti furono in uso ab antico e formavano il caso più frequente ed importante dei *pacta dotalia*, ossia delle convenzioni, con cui si soleva accompagnare la costituzione di dote.

[2] Era inoltre importante ed in uso il patto tra i coniugi che sciogliendosi il matrimonio per divorzio, esistendo figli, il marito lucrasse tutta la dote od una sua parte. In diritto giustinianeo codesto patto tra coniugi è valido, sempre data l'esistenza di figli, anche per il caso di morte della donna. Lo stesso patto per questo caso,

questa convenzione è fatta dopo costituito il rapporto dotale, non vale, se anche la moglie non vi presti il suo consenso.[1]

§ 48. — Beni parafernali.

Beni parafernali (da παρά = fuori; φερνή = dote) si dicono i beni della donna che non costituiscono la sua dote (*res extra dotem constitutae*). Dal punto di vista giuridico non occorrerebbe occuparsene, in quanto che il diritto romano non dispone nulla di particolare intorno ad essi; ma applica il principio che la donna ha su di essi le stesse facoltà che avrebbe se non fosse maritata. Questo stesso principio però serve anch'esso a caratterizzare il matrimonio romano libero nei riguardi dell'estraneità della donna alla famiglia del marito, della sua indipendenza da questo, e del non partecipar essa agli interessi economici connessi al matrimonio e alla figliolanza, se non nella misura dell'apporto dotale. Ma ancora giova dire che il costume temperava l'assoluta separazione delle due economie del marito e della moglie. Teodosio e Valentiniano mentre affermano l'antica norma *nullo modo.... muliere prohibente virum in paraphernis se volumus immiscere* dicono anche che *bonum erat mulierem, quae se ipsam marito committit, res etiam eiusdem pati arbitrio gubernari.*[2] E usava infatti che la donna affidasse i suoi beni per amministrarli al marito, il quale ne faceva un inventario che restava in mano alla donna (*libellus, cautio depositionis*). Il marito rispondeva per

---

se stretto rispetto alla dote profettizia col suo costituente, era valido anche nell' inesistenza di figli. Non si poteva pattuire colla donna, nè con estranei che la dote rimanesse agli eredi del marito, sciogliendosi il matrimonio per la morte di questo.

[1] Il consenso della donna è necessario del resto per ogni modificazione delle sue condizioni rispetto alla dote che fosse fatta dopo costituito il rapporto dotale, a meno che non si tratti di patti stretti dall'ascendente rispetto alla dote profettizia per il caso di scioglimento del matrimonio per la morte della donna.

[2] L. 8, C. 5, 14.

essi e per la loro amministrazione di fronte alla donna con l'*actio depositi* e *mandati*. Talvolta la donna trasferiva senz'altro la proprietà delle cose corporali al marito, onde fossero sicure presso lui, ed egli gliene trasmettesse i frutti durante il matrimonio. Sciolto questo, la donna o i suoi eredi le ripetevano mediante *condictio*. Nel diritto giustinianeo il mandato dato dalla moglie al marito di amministrare i beni parafernali ha questo in proprio che il marito risponde di sola colpa in concreto; e la moglie è garantita da un cattivo esercizio del mandato con una ipoteca legale sulla sostanza di lui.[1]

§ 49. — *Donatio propter nuptias*.

Circa a questo istituto si possono citare numerose disposizioni di legge; ma restano tuttavia oscuri la sua funzione e il carattere.

Troviamo che entro il terzo secolo dopo Cristo i consueti doni manuali di poca importanza, che il fidanzato soleva fare alla fidanzata in occasione degli sponsali ad attestazione di amore, si trasmutano in doni consistenti il più spesso in fondi e schiavi e costituenti quindi una vera sostanza che usciva dal patrimonio del fidanzato per entrare in quello della fidanzata. Se il matrimonio non avea luogo, si applicavano le regole sui doni sponsalizi che vedemmo trattando degli sponsali.

Codesto stato di diritto, dato il nuovo carattere dei doni in discorso, non poteva però durare. E fu modificato da Costantino in relazione anche ai doni della fidanzata al fidanzato, per quanto fossero rari,[2] con due successive costituzioni del 319 e del 336 d. C. Colla prima dispose che anche per i doni fatti senza condizione che seguisse il matrimonio valesse la norma propria di quelli fatti

---

[1] Non ha alcuna importanza rispetto alla figura del matrimonio il trovarsi nelle fonti esempio di una *societas omnium bonorum* tra moglie e marito.

[2] *Quod raro accidit*, dice la l. 16, § 1, C. 5, 3.

sotto codesta condizione, ossia che se il matrimonio non seguiva per volontà anche giustificata del donatario andassero resi al donante; se invece non seguiva per la morte dell'uno o dell'altro dei fidanzati, il donante superstite potesse ripeterli, o potessero ripeterli, in caso di sua morte, i suoi eredi purchè appartenessero alla seguente categoria di persone: il padre, la madre, i figli di un precedente matrimonio. Di fronte a qualunque altro erede i doni rimanevano al donatario. Colla seconda l'imperatore distingueva secondo che gli sponsali erano seguíti *osculo interveniente* o no. Nel primo caso morendo uno dei fidanzati, la metà dei doni fatti dallo sposo alla sposa spettava al fidanzato superstite, metà agli eredi del defunto qualunque essi fossero. Nel secondo i doni doveano essere resi sempre allo sposo donante o ai suoi eredi. In entrambi i casi i doni fatti dalla fidanzata al fidanzato doveano nell'ipotesi veduta di morte essere resi alla fidanzata o ai suoi eredi.

Lasciando di considerare i doni della sposa allo sposo, per non contemplare che il caso inverso, il solo veramente importante, dobbiamo descrivere la sorte della donazione dello sposo alla sposa nell'ipotesi che il matrimonio seguisse. La sposa soleva dare in dote al marito la donazione ricevutane. In tal caso essa era regolata secondo i principii della dote. Quando non facesse ciò, la donazione, costituendo un bene parafernale, restava nella piena disposizione della donna. La prima innovazione in queste norme risale agli imperatori Valentiniano, Valente e Graziano, i quali ordinarono nel 368 d. C. che, morendo la donna donataria nel matrimonio, i doni non costituiti in dote dovessero tornare al donante. Alla donna continuarono a restare in piena proprietà, premorendo invece il marito. Ma se, scorso l'anno del lutto, passava a seconde nozze, avendo figli, una costituzione di Teodosio del 382 d. C. prescrisse che la proprietà della donazione spettasse ai figli del primo letto e che la donna ne avesse soltanto l'usufrutto. Dell'anteriore sua proprietà rimase vestigio solo nel permesso dato alla donna di preferire in codesti beni uno o più tra i figli accennati. Se premo-

riva ad essa uno di questi figli favoriti ed essa quindi gli succedeva nella parte di donazione toccatagli, la donna anche di questa parte non avea che l'usufrutto; la proprietà spettava ai figli superstiti. L'idea di serbare in ogni caso ai figli i beni paterni condusse in seguito (439 d. C.) Teodosio e Valentiniano a stabilire che non mutasse nulla a queste disposizioni sulla donazione il fatto che fosse stata dalla donna redatta in dote.

Nel 452 d. C. Valentiniano ordinava che la donna dovesse dare in dote una sostanza pari a quella donatale dal marito. Maioriano nel 458 d. C. riconfermò il principio. Si mirava ad impedire il gioco consistente nel farsi i padri donare prima ancora dell'apertura delle trattative matrimoniali dei beni dai generi futuri, per poi dare alla figlia in dote i beni stessi senza che avessero così il carattere di *donatio* redatta in dote. Per codesta prescrizione i padri doveano dare la dote del proprio, se volevano che la figlia avesse una *donatio*, cui del resto si poteva dar in dote.

Intorno a questo tempo venne in uso, pel caso che la donazione non fosse stata redatta in dote, di inserire negli strumenti nuziali un patto, col quale si stabiliva che la donna in caso di premorienza del marito ne lucrasse soltanto una data parte e non tutta, come altrimenti sarebbe avvenuto. Una transitoria disposizione dell' imperatore Leone, con la quale fissava che, premorendo il marito, la donna dovesse avere tutta la dote e metà della donazione e, premorendo la moglie, il marito dovesse avere tutta la donazione e metà della dote, fu presto sostituita da un'altra dello stesso imperatore, secondo la quale lasciò ancora alle parti di convenire i lucri sulla dote e sulla donazione, ma stabilì che i patti dovessero riferirsi a quote eguali dell'una e dell'altra. Giustino ammise che la donazione potesse aumentarsi dopo il matrimonio e Giustiniano da ultimo che potesse anche farsi dopo il matrimonio. Perciò volle che non si chiamasse più, come prima usava, *donatio ante nuptias*, ma *propter nuptias*.

In diritto giustinianeo si trova che il padre è tenuto legalmente a costituire la donazione al figlio; che

la donna può in caso di insolvibilità del marito ritirarla dalla sua amministrazione, ed esigerne il pagamento anticipato nello stesso caso.[1] Il marito perde la donazione se segue il divorzio per sua colpa. La donazione deve avere lo stesso ammontare della dote e perciò non si può aumentare da un coniuge la dote, se l'altro non aumenta di altrettanto la donazione e viceversa. Pari devono essere i patti quanto ai lucri stabiliti rispetto alla dote e alla donazione. Le cose oggetto di donazione sono in proprietà del marito, il quale però non può alienare il fondo che ne fa parte. Questa donazione non è soggetta alle regole sull'insinuazione. La vedova che si rimarita avendo figli non ha più il diritto di dividere tra essi la *donatio;* questi se la dividono in parti uguali; non rimaritandosi, ha il solo usufrutto della *donatio* e inoltre una quota di proprietà uguale a quella di ciascun figlio.

L'istituto della donazione *propter nuptias* sorse ed ebbe vita vigorosa specialmente nelle provincie orientali dell'impero. Si disputa sugli scopi suoi. La teoria più comune è ancora quella che se non alle origini, certo in seguito abbia sempre più assunto il carattere di una specie di dote del marito, di un suo contributo agli oneri del matrimonio. Altri ritiene che il nostro istituto abbia servito a provvedere di sostanza la vedova, come quella che avea un troppo lontano diritto di successione nei beni del marito; mentre poi i rilassati costumi privavano la donna dell'aspettazione, un tempo fondata, che il marito provvedesse ai suoi bisogni in caso di vedovanza con disposizioni testamentarie a suo favore. Altri sostiene altre teorie. Probabilmente l'istituto soddisfece insieme o dalle origini o nel corso del tempo a vari scopi insieme. Nel diritto giustinianeo pare palese il proposito di farne una dote del marito.

---

[1] Per l'intelligenza di queste disposizioni va avvertito che dopo l'età di Costantino la nostra donazione non si compiva con dazione, ma con mera convenzione insinuata, così che i beni donati continuavano ad appartenere al marito.

§ 50. — Il passaggio a seconde nozze.

L'uomo può passare a seconde nozze appena sciolto il primo matrimonio.

La vedova non può passare a seconde nozze se non dopo dieci mesi secondo il diritto antico e classico, dodici in virtù di una costituzione di Graziano, Valentiniano e Teodosio (381 d. C.) dalla morte del marito. Codesto periodo di tempo di dieci o di dodici mesi prende il nome di *annus lugendi.* Lo scopo della prescrizione era di evitare la confusione di parto (*turbatio sanguinis*). Ma appunto perchè questo è il suo scopo, così la vedova è tenuta ad astenersi da nuove nozze durante l'anno di lutto, benchè il marito defunto fosse tale *quem more maiorum lugeri non oportet*[1] ad es. perchè reo di un delitto; se partorisce entro l'anno cessa il divieto; infine per lo stesso periodo di tempo deve astenersi da nuove nozze, però solo, come pare, nell'età cristiana la donna divorziata. Rispetto a questa l'anno non porta naturalmente il nome di *annus lugendi.* Il principe potea dispensare dall'osservanza del termine.

Pel caso di divorzio il SC. Planciano emanato al più presto sotto Vespasiano prescrisse alla donna che si ritiene incinta di denunziare la propria gravidanza al marito entro i trenta giorni continui dal divorzio. In seguito alla denuncia il marito era autorizzato a prendere disposizioni destinate ad impedire una supposizione di parto, o potea dichiarare innanzi a testimoni che la donna non era incinta di lui. Quando avesse mancato di fare l'una o l'altra cosa, era costretto dal pretore ad *agnoscere partum,* ossia ad alimentare il figlio. Il quale tuttavia non valeva per suo ad altri effetti. Quando invece avesse preso anche una sola di codeste cautele, non era tenuto ad alimentare il figlio che in seguito a *praeiudicium de partu agnoscendo* intentato dalla donna prima o dopo il parto, e su cui si giudicava *extra ordinem,*[2] nel quale fosse ri-

[1] L. 11, §§ 1, 2, D. 3, 2.

[2] Il *praeiudicium de partu agnoscendo* si trova fuso nella compilazione giustinianea col *praeiudicium an filius sit,* di cui parleremo.

conosciuto che il figlio era suo.[1] Se il marito temeva che la moglie divorziata fosse incinta di lui e pensasse a sopprimere il parto, gli imperatori Marco Aurelio e Vero stabilirono che potesse far constatare la gravidanza della donna, e, questa constatata, porre custodi alla donna a sorvegliare il parto.

Se la donna passava a seconde nozze entro l'anno, il matrimonio non era per questo nullo, ma in antico essa dovea *bovem fetam immolare;*[2] tra per l'editto, tra per norme posteriori diveniva infame insieme al padre suo, al marito e al padre di questo *scientes;* secondo le costituzioni degli imperatori cristiani, perdeva *omnia quae de propriis mariti bonis vel iure sponsalium, vel iudicio defuncti coniugis consecuta fuerat*[3] e inoltre tutti i lasciti ricevuti d'altra fonte in causa di morte per atto di volontà dei defunti. Delle eredità ricevute ab intestato non può ritenere che quelle pervenutegli da parente entro il terzo grado. Al secondo marito non può dare in dote, nè lasciare in testamento oltre alla terza parte dei suoi beni.

La legge *Julia* e *Papia Poppaea* sottoponeva alle pene del celibato la vedova, se non si rimaritava entro due anni, la divorziata se non si rimaritava entro diciotto mesi dallo scioglimento del matrimonio.

Il cristianesimo non era invece favorevole alle seconde nozze. Gli imperatori cristiani tuttavia non le vietarono e neppure le colpirono di pene in linea di principio. Riserbarono queste alla sola ipotesi che l'uomo e la donna passassero a seconde nozze, avendo figli del precedente matrimonio e sono quindi provvedimenti diretti, non tanto ad impedire le seconde nozze, quanto ad impedire che i figli di primo letto fossero sacrificati nella nuova unione. Queste che diconsi *poenae secundarum nuptiarum* consistono nel perdere il *parens binubus* a favore dei figli

---

[1] Sotto Adriano le disposizioni del SC. Planciano furono estese anche al caso di figli nati nel matrimonio.

[2] PLUT., *Numa,* 12.

[3] L. 1, § 2, C. 5, 9.

di primo letto la proprietà su tutto quanto egli come fidanzato e coniuge lucrò dal primo coniuge per non conservarne che l'usufrutto. Inoltre il *parens binubus* non può con negozio tra vivi o con atto in causa di morte concedere al nuovo coniuge più di quello che concede al meno favorito dei figli del precedente matrimonio.

§ 51. — La legge *Julia* e *Papia Poppaea*.

Resta circa al matrimonio che facciamo cenno di queste celebri leggi, la prima (detta *de maritandis ordinibus*) emanata nel 736 d. R., la seconda, a mitigazione di questa, nel 9 d. C., dirette a favorire la conclusione dei matrimoni e la procreazione di figli. Sono entrambe opera d'Augusto, il quale era giustamente impensierito della contrarietà di ogni classe di cittadini al matrimonio e alla procreazione di figli, manifestatasi dopo le guerre annibaliche e cresciuta a dismisura nell'ultimo secolo della repubblica. Delle disposizioni delle due leggi toccheremo qui soltanto le fondamentali, e quelle che si connettono alla materia del diritto ereditario. Altre prescrizioni loro a favore dei coniugati e dei prolifici o dirette a facilitare da un lato e ad elevare dall'altro la dignità del matrimonio furono viste o si vedranno *passim* nel corso del nostro lavoro.

Gli uomini dai 25 ai 60 anni, le donne dai 20 ai 50 devono essere coniugati.[1] Sul lasso di tempo accordato alle vedove e alle donne divorziate per riprender marito si è parlato. Le persone non coniugate (*caelibes*) sono incapaci di fare alcun acquisto *mortis causa*, a meno che non stringano matrimonio entro cento giorni. Entro i citati limiti di età l'uomo deve avere un figlio; la donna deve

[1] Il SC. Persiciano sottoponeva alle pene del celibato anche le persone celibi sopra codesta età. Il SC. Claudiano vi sottraeva però chi avendo più di sessant'anni avesse sposato una donna sotto i cinquanta; mentre secondo il SC. Calvisiano non giovava alla donna sopra i cinquanta lo sposare un uomo sotto i sessanta.

aver partorito, se ingenua, tre volte, se libertina quattro. Allora ha l'*ius liberorum*. I figli adottivi a partire dal SC. Memmiano che cade sotto Nerone non contano. Gli *orbi* e le donne prive del prescritto numero di figli non possono fare acquisti *mortis causa* che per la metà. Le incapacità sin qui contemplate sono però escluse nel caso di successione ad un cognato fino al sobrino o ad un prossimo affine. Il vedovo con figli (*pater solitarius*) è trattato come il celibe. Una parte della legge *Julia* e *Papia Poppaea* prende il nome di *lex decimaria*, perchè stabilisce che qualora un coniuge non abbia figli viventi procreati nell'attuale suo matrimonio, possa ricevere dall'altro in causa di morte solo un decimo del suo patrimonio, e l'usufrutto di una terza parte; gli è concesso però di ricevere un ulteriore decimo del patrimonio per ogni figlio avuto in un precedente matrimonio, dato che viva, e un altro decimo ancora per ogni figlio avuto nell'attuale matrimonio, ma che sia morto, se avea vissuto almeno nove od otto giorni secondo che era maschio o femmina.

A premio di chi avea figli la legge stabilì che ai *patres in testamento* spetta la *caducorum vindicatio*, ossia un diritto ad avere quelle quote di beni che non potevano essere acquistate dalle persone a cui erano state devolute. Sulla *caducorum vindicatio* ritorneremo trattando dell'eredità.

La legge *Julia* e *Papia Poppaea* raggiunse così poco il suo scopo, come qualche disposizione precedente allo stesso fine[1] e come tutte le norme simili stabilite nei secoli, per sostituire con premi o castighi impulsi alla vita coniugale e alla paternità che non possono venire se non dall'ambiente morale e dalle tradizioni. Da Costantino comincia la graduale abrogazione della nostra legge, come contraria al cristianesimo che nella castità vedea uno stato di perfezione. Egli abolì infatti le due prime incapacità

[1] Accenno ad es. all'*uxorium*, che era o una tassa sui celibi, o una pena reclamata dai censori nel caso di celibato, introdotto secondo la tradizione da Camillo; alle disposizioni della legge Cincia che favorivano le donazioni a scopo di dotare, e a qualche altra norma, su cui per brevità sorvoliamo.

suesposte. Teodosio II abolì la *lex decimaria* e accordò a tutte le donne l'*ius liberorum* artificiale che prima gl'imperatori concedeano come privilegio. Nel diritto giustinianeo rimangono ancora pochi provvedimenti risalenti a codesta legge e a qualche altra disposizione che s'ispira ad essa.[1]

§ 52. — La *patria potestas.*

La *patria potestas* è il potere competente al *paterfamilias* sopra i suoi *filii,* ossia i suoi sudditi liberi, escluse le donne *in manu* e le persone *in mancipio.*[2]

I romani per riguardo alla durata e alla forza del potere del *pater familias* sui figli consideravano la patria potestà come un potere proprio solo dei cittadini romani.[3] In realtà, se in tempi primitivi la patria potestà fu anche presso altri popoli quale ci appare in tempi storici presso il romano, è certo che presso quelli s'infiacchì; presso questo serbò per molti secoli l'energia primitiva. Essa non si differenzia essenzialmente dalla *dominica potestas* sui servi, e noi vedremo che il padre ha sui figli in origine gli stessi poteri che sui servi. Ma il non essere i figli destinati a servire, come i servi, alla vita altrui, importò che quantunque anch'essi in epoche remotissime fossero considerati e chiamati *res mancipi,*[4] tuttavia un pareggiamento assoluto del loro stato a quello dei servi non esistette mai. Così ad es. il figlio fu sempre capace di con-

---

[1] Come il SC. Tertulliano.

[2] Sono *filii* di un *paterfamilias:* *a*) i discendenti naturali suoi immediati o mediati in giuste nozze nella linea maschile; *b*) i suoi figli naturali legittimati; *c*) gli arrogati o adottati da lui come figli o come nipoti; *d*) i discendenti naturali immediati o mediati in giuste nozze nella linea maschile da figli legittimati, adottati o arrogati nati dopo la legittimazione, l'adozione, l'arrogazione; *e*) i figli dell'arrogato esistenti al momento dell'arrogazione. Conviene aggiungere rispetto a tutte queste persone: che non siano uscite dalla sua soggezione.

[3] Gaio, 1, 55.

[4] Basta ricordare che la figlia alienata invalidamente in moglie si usucapisce come *cetera res* ed è *res mancipi,* perchè mancipabile.

nubio; il padre che acquista il figlio della schiava non acquistò mai il figlio della figlia procreato fuori di matrimonio. La costituzione politica della città che ammette i figli e respinge i servi fu causa che la condizione degli uni andasse ulteriormente e fortemente differenziandosi da quella degli altri pur nell'interno della famiglia, ma non tanto che qualche uguaglianza non rimanga persino nell'ultima epoca del diritto romano.

In forza della patria potestà il *paterfamilias* aveva varie e numerose facoltà rispetto ai figli.

Poteva venderli. Ordinariamente nella vita precivica la vendita avveniva tra gente e gente; perciò, ancora in epoche storiche, non ha luogo che per via di *mancipatio.* La vendita tra famiglie di una stessa gente era impossibile, perchè i figli sono come proprietà collettiva della gente e quindi inalienabili a qualunque titolo all'interno di essa.

Queste vendite intergentilizie avvenivano primitivamente per gli scopi più diversi: perchè il figlio e la figlia fossero schiavi presso l'acquirente, nel qual caso la vendita avveniva semplicemente; o perchè la figlia fosse *loco filiae* presso l'acquirente come moglie sua o di un suo figlio; o perchè il figlio o la figlia fossero figli presso l'acquirente; e per altri scopi ancora. In queste ultime ipotesi lo scopo era espresso in occasione della vendita.

Solo dopo costituita la città e sciolte le *gentes* in famiglie fu possibile anche la vendita ad un *paterfamilias* della stessa gente del venditore. Ma allora la vendita del figlio in servitù all'interno della *civitas* degenerò, come si disse, nella vendita con l'effetto di costituirlo *in causa mancipii.*

La *civitas* intervenne ben presto contro questo commercio dei figli all'interno di essa. La vendita dei figli in figli fu vietata; non si permise più che la vendita della figlia in *loco filiae* e del figlio come della figlia in luogo di servi, ma in quest'ultimo caso con restrizioni importanti. Fu vietato infatti di vendere il figlio, a cui si fosse concesso di prender moglie. Inoltre si vide trattando delle persone *in mancipio* come la legge delle XII tavole, to-

gliendo al padre la patria potestà sul figlio venduto dopo una o tre vendite secondo le diverse ipotesi già esposte, riusciva ad impedirne ulteriori vendite. Nel diritto classico, almeno all'età di Paolo, non si può più vendere il figlio *fiduciae causa* ad un creditore,[1] e mentre rimangono in uso le vendite *dicis causa*, le vendite serie sono concesse solo per *noxae datio* e in caso di estremo bisogno del padre. Tutti questi casi superstiti scompaiono nel diritto giustinianeo, nel quale è ammessa solo la vendita dei figli neonati in servitù nell'ipotesi contemplata al § 23.

Straordinariamente la vendita poteva accadere *trans Tiberim*. Allora era sempre vendita in servitù. Simili vendite andarono in desuetudine già in età antica.

Il *paterfamilias* ha inoltre il diritto accennato (§ 37) di vita e di morte sui figli. Deve però esercitarlo in forza degli antichi *mores* udito prima un consiglio di parenti e di amici (*iudicium domesticum*). Altra limitazione antichissima si era che il padre non poteva uccidere il figlio inferiore ai tre anni, a meno che non fosse nato mutilo o mostruoso, ciò fosse riconosciuto da cinque vicini e l'uccisione avvenisse subito dopo il parto.

Nel tempo dei Severi, secondo alcuni, che si richiamano però a fonti sospette d'interpolazioni; certo sotto gl'imperatori cristiani troviamo l'*ius vitae et necis* ristretto alla facoltà di proporre al magistrato l'applicazione della pena di morte. Costantino sottopose il padre che aveva ucciso arbitrariamente il figlio alla pena *culei* propria dei parricidi.[2]

Il padre ha ancora l'*ius exponendi* i propri figli,[3] un

---

[1] Dare in pegno il figlio probabilmente non si potè mai. È punito colla deportazione il creditore che accetta scientemente un pegno simile (Paul., 5, 1, 1).

[2] Ha altra base il diritto del padre di uccidere la figlia adultera nel fatto della colpa. Questo gli compete anche sulla figlia data *in manum*. È quindi diritto che gli spetta come *parens* e non come *pater*. Così è almeno a partire dalla legge *Julia de adulteriis*.

[3] Questo diritto di esposizione non va confuso colla facoltà del padre di non accettare la paternità col non *suscipere liberum*, di cui si parlerà al paragrafo successivo. Qui si contempla la facoltà in chi ha la patria potestà di abbandonare il figlio.

diritto che fu limitato ab antico,[1] ma, come sembra, non cessò se non nell'epoca postclassica in seguito a una costituzione di Valentiniano Valente e Graziano del 374 d. C.

Inoltre ha su di essi un diritto di disciplina e di castigo, per cui poteva infliggere loro ogni più dura pena. Per i peggiori trattamenti il figlio non potè mai agire per ingiurie contro il padre. Nel caso d'inflizione di pene gravi, il padre dovea udire il consiglio accennato. I censori, straordinariamente i tribuni, lo punivano però se abusasse di tale potere. Traiano giunse ad imporre ad un padre di emancipare il figlio da lui maltrattato. Nell'impero cristiano fu imposto ai padri di limitarsi nel caso di colpe degne di grave pena ad accusare il figlio presso il magistrato.

Il padre può dare in adozione il figlio, locarlo, dargli per coniuge chi vuole, aggiungendo per la figlia la duzione di essa *in manum mariti*. Si vide, trattando del matrimonio, come quest'ultimo potere fu in progresso di tempo abolito per il figlio e ristretto per la figlia.

Può infine nominargli un tutore e un sostituto pupillare.

Il padre in forza della sua sovranità sulla famiglia fa suo ogni acquisto del figlio. Valgono in proposito le stesse norme che per gli acquisti dei servi ai loro padroni. Per lungo tempo in forza di questo principio il figlio non potè aver nulla in proprio. Soltanto anch'egli, al pari dei servi, potè avere un peculio, sottoposto alle stesse norme che valevano per quello servile. Nel caso che i beni del padre fossero confiscati, era però sottratto alla confisca.

La necessità, in cui si trovarono gl'imperatori di favorire la classe dei soldati, importò che Augusto (o già Cesare?) stabilisse che il *filius familias* potesse testare

---

[1] Un'antica norma, ma forse munita soltanto di sanzione religiosa, restrinse la facoltà di esposizione dei figli, imponendo al padre di allevare tutti i maschi e le figlie primogenite. Egli non poteva quindi esporre che le figlie non primogenite e i figli nati mutili o mostruosi, perchè s'intende che, avendo il diritto di ucciderli, aveva tanto più quello di esporli.

su tutto ciò che in *castris adquisivit.* Posteriormente questo diritto singolare a favore dei figli soldati fu interpretato sempre più largamente ed esteso. Si comprese infatti negli acquisti fatti in *castris* dal *filius familias miles* oltre al soldo e al bottino, come si faceva originariamente, anche i doni dell'imperatore, o quelli fattigli da altri in occasione del suo ingresso in servizio o della sua uscita da esso, l'eredità di un commilitone e l'eredità della moglie.[1] Si ritenne sufficiente a considerare questi acquisti come fatti *in castris* che avessero la loro causa nel servizio prestato, anche se avvenuti dopo il licenziamento. Adriano ammise che i soldati potessero disporne per testamento pur dopo usciti dal servizio. Inoltre alla facoltà di disporre di questi beni in causa di morte si aggiunse quella di disporne liberamente per atto tra vivi. In questa fu compresa la facoltà di manomettere i servi peculiari, con la conseguenza di acquistare sui manomessi il diritto di patronato. Per tutto ciò codesti beni, che assunsero il nome di *peculium castrense* in antitesi al peculio normale del figlio, che, partendo dal padre, si dice dagli interpreti *profecticium,* furono considerati come un *proprium patrimonium* del figlio.[2] Il quale apparve rispetto ad essi e si diportava come un *paterfamilias.*[3] La situazione del *filius miles* è perciò efficacemente espressa nelle fonti dicendoci che egli *duplex ius sustinet patris et filii familias.*[4] Ma non era parificato rispetto al peculio castrense ad un *paterfamilias* che in vita. Qualora infatti egli morisse intestato, non si apriva la successione intestata sul peculio, ma questo restava devoluto al padre *iure peculii,* come se fosse cioè un peculio profettizio. Perciò, nonostante l'amplissima facoltà di disposizione del figlio,

[1] L'eredità dovea essergli devoluta per testamento nei due casi. Entrava nel peculio castrense anche il legato o il dono di un commilitone; non un legato o un dono della moglie.

[2] Per concessione personale dell'imperatore troviamo talora attribuiti al figlio e trattati come *peculium castrense* certi beni, che non ne aveano per le origini il carattere.

[3] L. 2, D. 14, 6.

[4] L. 15, § 3, D. 49, 17.

i beni in discorso portano ancora sempre il nome di peculio. Sembra che non siano mancati tentativi di estendere l'indipendenza del figlio militare oltre la sfera economica, ad es. dispensandolo dalla necessità di ottenere il consenso paterno per il suo matrimonio,[1] ma furono tentativi non riusciti. Giustiniano credette anch'egli opportuno di integrare soltanto l'indipendenza economica del figlio soldato disponendo che sul peculio castrense, mancando il testamento, si aprisse la successione intestata.

A partire da Costantino furono parificati agli acquisti fatti dal figlio come soldato tutti gli altri acquisti fatti in una diversa *militia*[2] e da ultimo i doni fatti dall'imperatore e dall'imperatrice a non soldati. Questo peculio porta nelle fonti giustinianee il nome di *peculium quasi castrense.*

Tutti gli altri acquisti fatti dal figlio andavano, in applicazione del principio generale suesposto, devoluti al padre. Questo parve assurdo da quando il SC. Orfiziano (178 d. C.) accordò ai figli legittimi l'eredità intestata sui beni materni a preferenza di ogni agnato della madre. Non era infatti il figlio che in forza di codesto principio così succedeva, se era nella patria potestà, ma il padre stesso. Tuttavia solo Costantino per primo stabilì che il figlio ottenesse la proprietà di codesti beni, e il padre non ne dovesse avere se non l'usufrutto e l'amministrazione.[3] Ben presto la stessa norma si applicò anche ai beni

---

[1] L. 35, D. 23, 2.

[2] Così si chiamava ogni servizio ed uffizio nella corte imperiale e in particolare alle dipendenze dei prefetti del pretorio o dei presidi delle provincie (*mil. cohortalis*), nei dicasteri dello Stato (*mil. litterata*). Si vide una *militia* anche nell'esercizio dell'avvocatura (*militant namque causarum patroni, qui gloriosae vocis confisi munimine, laborantium spem, vitam et posteros defendunt,* l. 14, C. 2, 7), e nel servizio della chiesa ortodossa.

[3] L'effetto pratico della disposizione, durando la *patria potestas* per tutta la vita del padre, si riduceva a impedire che il padre facesse pervenire o per atto tra vivi o per disposizione di ultima volontà i beni stessi ad altri che al figlio. E così ci è descritto nelle fonti: *sic etenim et parenti nihil derogabitur usumfructum rerum possidenti: et filii non lugebunt, quae ex suis laboribus sibi possessa sunt, ad alios transferenda adspicientes* (l. 6, C. 6, 61).

che fossero stati lasciati al figlio dagli ascendenti della madre (*bona materni generis*) ed ai *lucra nuptialia* e *sponsalicia* pervenutigli. Da ultimo Giustiniano volle che fossero trattati allo stesso modo tutti i beni pervenuti al figlio da chiunque e in qualunque modo, fuorchè dalla sostanza paterna. In caso di morte del figlio, i beni stessi non tornavano al padre come un peculio profettizio, ma si apriva su di essi la successione intestata, cui Giustiniano sottopose alle norme della successione intestata ordinaria, laddove prima era regolata in modo particolare. Perciò a questi beni, anzi che il nome di *peculium adventicium* dato loro dagli antichi interpreti, conviene quello di *bona adventicia*.

In conseguenza di queste norme intorno ai peculi (*castrense, quasi castrense*) e ai *bona adventicia*, la massima che il figlio non può aver nulla in proprio e che ogni acquisto lo fa per il padre, si converte nell'altra: il figlio non può acquistar nulla dal padre suo; fa per sè ogni altro acquisto; fa per il padre soltanto gli acquisti compiuti colla sua sostanza o dietro la sua autorizzazione (*iussus*).

Il figlio può almeno nell'epoca storica obbligarsi validamente così da negozi[1] come da delitto. La figlia invece non può obbligarsi che da delitto. Il padre resta tenuto per i delitti dei figli secondo le norme che esporremo trattando delle azioni nossali.

Finchè fu in vigore il sistema di procedura *per legis actiones* il figlio non poteva essere convenuto in giudizio. Codesta capacità non la acquistò che dopo introdotta la procedura formulare. In antico non potea neppure stare come attore *proprio nomine* in giudizio. Durante la procedura formulare ciò gli fu concesso.[2]

---

[1] Sulla limitazione introdotta dal SC. Macedoniano si parlerà trattando del mutuo.

[2] Egli potea agire così in certi casi *extra ordinem*, anche contro il padre (ad es. per alimenti, per averne la dote), come seguendo la procedura ordinaria. Il primo caso contemplato nell'editto del pretore è quello in cui il figlio subisce un'ingiuria mentre il padre è assente, nè ha lasciato un procuratore. Egli può sperimentare l'*actio*

Il padre ripete con *vindicatio* il figlio da chi glielo trattiene. Egli può agire allo stesso scopo anche con l'interdetto *de liberis exhibendis item ducendis.*[1]

Come appare lo svolgimento storico della *patria potestas* è da una giuridicamente illimitata disposizione del figlio, temperata dal costume, ad un diritto di disciplina sul figlio costituito a suo beneficio, come è la patria potestà attuale. I residui dell'antica idea sono pochi ed hanno acquistato altra ragione di essere.

È notevole come in Roma si verificò e durò lungamente un fatto a noi presso che inconcepibile; cioè la piena compatibilità della soggezione domestica del figlio con la sua indipendenza politica, e con ogni sua funzione civica. La spiegazione sta nell'essere la *civitas* un organismo a sè, di natura sostanzialmente pari, benchè diverso nell'ordinamento, alla famiglia. Onde non avea nulla per i Romani di strano codesta diversità di condizione di una stessa persona nell'uno organismo e nell'altro. Conviene aggiungere che il costume e il buon senso non lasciavano giungere le cose al punto, in cui la compatibilità teorica si sarebbe tradotta in una incompatibilità pratica.

§ 53. — Modi d'acquisto della *patria potestas.*

La *patria potestas* si acquista dal marito sopra i figli da lui procreati in matrimonio, se è *sui iuris* al momento della loro nascita. Valgono per procreati da lui in matrimonio i figli partoriti da sua moglie o dalla donna

---

iniuriarum. Poscia lo si ammise nella stessa ipotesi a sperimentare l'azione di furto, se egli stesso lo patì, l'*interdictum quod vi aut clam* e l'azione contro il liberto che lo chiama in giudizio senza il permesso del pretore. Anche da negozi troviamo sempre, nell'ipotesi veduta, accordatagli un'azione, come da deposito, commodato. Gli compete pure in altre condizioni la *querela inofficiosi testamenti.* In tutta questa materia però i nostri testi subirono gravi alterazioni da parte di Giustiniano, dirette ad ampliare la capacità del figlio di agire oltre i casi ammessi dal diritto classico.

[1] La domanda di esibizione preparava quella di duzione. Nel caso che gli si rubasse il figlio competeva al padre anche l'*actio furti.*

che fu sua moglie almeno dopo cento ottanta giorni dall'inizio del matrimonio o non oltre i dieci mesi dal suo scioglimento: *pater is est quem nuptiae demonstrant.* Codesta presunzione sparisce, se la donna divorziata non fa avvisato chi fu suo marito della sua gravidanza dentro trenta giorni dal divorzio. In tal caso il marito non può essere costretto a riconoscere il figlio per suo che in seguito all'azione consueta con cui il figlio potea far riconoscere contro il padre la sua qualità di figlio, cioè mediante *praeiudicium an filius sit.* La presunzione di paternità nel caso di figlio nato entro i termini estremi indicati non è assoluta. Il marito può sempre provare in ogni azione intentatagli di riconoscimento che il figlio pur nato in quel tempo non è suo.[1] In tempi primitivi il marito non acquistava la patria potestà anche sul figlio nato nei termini indicati che se egli non rifiutava di divenirne *pater.* Il rifiuto avveniva col non raccogliere il figlio appena nato da terra, dove era posto ai suoi piedi dall'assistente al parto perchè decidesse se l'accettava o no.[2] Il figlio non raccolto era esposto ed era un bastardo. Riteniamo che la presunzione veduta di paternità dovesse bastare però a dar carattere di figlio legittimo al nato, quando questi fosse postumo o il padre non fosse in condizione di poter rifiutarlo, ad es., perchè furioso o assente.[3]

Il *pater familias* acquista anche la patria potestà sui figli dei suoi figli maschi da questi procreati in matrimonio. Si applica pur qui la presunzione veduta precedentemente e si applicava anticamente la pratica del *suscipere* o meno i figli.

Oltre che per procreazione in legittimo matrimonio, la patria potestà si acquista per adozione. Della quale nel diritto romano storico si hanno due forme e casi: l'arrogazione e l'adozione. La prima si ha allorchè è adottata come figlio una persona *sui iuris;* la seconda quando

[1] Lo prova dimostrando l'impossibilità di aver coabitato colla moglie nel tempo in cui il figlio è stato concepito.

[2] Il raccoglierlo diceasi *tollere, suscipere liberum.*

[3] Col che ammettiamo che la presunzione risalisse ad età anteriore al SC. Planciano, al quale viene da alcuno congiunta per l'origine.

è adottata come figlio una persona *alieni iuris*. L'arrogazione precede nel tempo l'adozione; e quella è un modo diretto ed esplicito di dare la qualità di figlio nostro a chi non è tale; la seconda è un modo indiretto e non esplicito.

Quali siano state le origini dell'arrogazione risulta in gran parte da quanto abbiamo detto sulla manomissione dei servi e sulla vendita dei figli. Nell'ordinamento precivico e ancora nei primi tempi della vita cittadina il padre di famiglia che non avea figli che ricevessero la sua eredità e continuassero a coltivare i *sacra* famigliari o che prevedeva che sarebbero venuti a mancargli, si procurava un figlio, o adottando come figlio un servo proprio, o per subito o per dopo la morte o facendosi vendere come figlio un servo altrui, oppure un figlio altrui. Nel caso che si procurasse così come figlio un servo, l'atto riusciva, oltre che manomissione, adozione e, se si trattava di adozione del servo proprio per dopo la morte, anche istituzione di erede. Nel caso che si procurasse un figlio nel figlio altrui l'atto era adozione.[1]

Poichè fu abolita la facoltà di dar la qualità di figlio ad un servo (§ 25) e quella di vendere il figlio in figlio (§ 52), siccome al bisogno dei *patresfamilias* di procurarsi un figlio per avere in lui un erede conveniva pur provvedere, il diritto permise che ciò che non si potea più fare per atto privato del *paterfamilias* fosse ancora in certi limiti possibile con una legge. Esso permise cioè che vagliate dai pontefici tutte le ragioni e le opportunità, il popolo deliberasse che alcuno divenisse figlio di un *paterfamilias* e quindi suo erede. L'adottato potea essere un servo proprio del testatore o un *paterfamilias*. Per legge potea avvenire anche questa degradazione di un *paterfamilias* a figlio, mentre ciò non potea avvenire per atto privato. Poichè un *paterfamilias* può così poco darsi a figlio come un libero darsi a schiavo.

---

[1] E non mai istituzione di erede, perchè non potea farsi mancipare il figlio altrui come figlio per dopo la morte.

Questa legge di nomina in figlio fu la fonte da cui sgorgarono tre diversi istituti.

Venne infatti tempo in cui si ammise che un *paterfamilias* potesse avere ad erede chi volesse, sia avendo che non avendo figli; la qualità di erede cioè, come già si è detto, si scisse da quella di figlio. In corrispondenza la legge in discorso di nomina di un servo o *paterfamilias* in figlio si scisse a seconda dei tre scopi, non più necessariamente congiunti, a cui potea prima servire; essa diventò legge di nomina ad erede, legge di conferimento di libertà (questa unita con quella), legge di nomina a figlio.

Testamento comiziale, manomissione testamentaria, adozione per legge sono così tutte differenziazioni dell'unico atto originario: la legge di nomina in figlio perchè questi sia erede al padre adottivo. Legge che, nella sua funzione differenziata di adozione, non può più aver luogo che rispetto a un *paterfamilias* che voglia divenire figlio. Essa in questa applicazione porta il nome di arrogazione.[1]

Circa alle origini dell'adozione, conviene ritenere che il diritto vietando la nomina a figlio sia del servo proprio che dei servi e dei figli altrui, e non ammettendo che la nomina a figlio di una persona *sui iuris*, facesse sover-

---

[1] La nostra ipotesi sulle origini dell'arrogazione spiega l'oscura figura dell'arrogazione testamentaria. Di questa non ci si parla nelle fonti giuridiche ma in quelle extragiuridiche, le quali la presentano ancor viva alla fine della repubblica, non dandocene però sufficienti informazioni, perchè appaia netta l'indole giuridica dell'istituto. Del che pure v'ha la ragione. Questa arrogazione non è l'arrogazione storica; ma è l'arrogazione primitiva rimasta viva nello coscienze e nella pratica, quando non più nel diritto: corrisponde alla manomissione *per filii nuncupationem*, in quanto quella ci presenta fusi ancora i due istituti dell'adozione e del testamento, come questa ci presenta ancora fusi i due istituti dell'adozione e della manomissione e come ricordo storico vale quanto quella *adoptio servi* e *datio in adoptionem servi*, di cui si è parlato al § 25. L'arrogazione testamentaria come nomina a *filius-heres* non potea aver più unità di fronte al diritto che avea separato queste due qualità. Onde per esso era una figura confusa; nè pare che gli antichi stessi accettassero sempre le conseguenze giuridiche che avrebbe avuto il testamento, se fosse stato ancora l'antica arrogazione — istituzione di erede, ossia che l'adottato assumesse il nome dell'adottante.

chia violenza al costume, il quale reagì, come reagì alla disposizione per la quale non si potea più dare la qualità di libero al servo se non per testamento, ricorrendo a quei sotterfugi che divennero la *manumissio vindicta* e la *manumissio censu.* Qui il costume volle che si potessero ancora adottare figli altrui. E si servì al fine, come nel caso della manomissione, della *in iure cessio.* Entriamo così nei tempi storici e in questi accompagneremo il nostro istituto nelle sue due forme.

Il procedimento antico dell'arrogazione è il seguente. Chi vuole arrogare una persona *sui iuris* fa istanza di poterlo fare ai pontefici. Questi esaminano se la persona richiedente ha figli o sia ancora in età da poter avere figli naturali; se la domanda di arrogazione, più che da desiderio di avere un figlio che perpetui la famiglia, non derivi da desiderio di impadronirsi dei beni dell'arrogando e se l'arrogazione sia conveniente anche perciò che essa non diminuisce nulla *de dignitate generum aut de sacrorum religione,* diminuzione che si sarebbe, ad es., verificata se una persona di rango inferiore ne avesse arrogata una di rango superiore. È nella pratica di questo esame preliminare dei pontefici che si formarono i principii che non possa di regola arrogare chi non ha sessant'anni, che non si possa arrogare che una sola persona, che non possa arrogare chi ha già uno o più figli naturali o adottivi, che chi è più povero non possa arrogare chi è più ricco, che non si possa arrogare il liberto altrui,[1] che il tutore e il curatore non possano arrogare la persona di cui ebbero la tutela e la cura se sia minore di venticinque anni, ecc. Tutte regole non assolute però. Quando vi sia una *iusta causa,* l'arrogazione può aver luogo anche contro alcuna di esse. Chi ha meno di sessant'anni, ad es., potrà arrogare, se sia malato o voglia adottare un congiunto. Chi è meno ricco potrà adottare

[1] Altrimenti si sarebbe ristabilita indirettamente l'adozione del servo altrui; il padrone del servo non aveva infatti che ad accordarsi coll'adottante per procurarglielo come figlio, manomettendolo prima e poscia ordinandogli di lasciarsi arrogare.

uno più ricco *si vitae eius sobrietas clara sit vel affectio honesta nec incognita.*[1]

Riconosciuta l'opportunità dell'arrogazione nei rispetti veduti, i pontefici redigevano la formula di un giuramento che l'arrogante dovea prestare nel comizio, e col quale affermava l'onestà dei suoi scopi.

All'esame dei pontefici seguiva la legge curiata con cui il popolo approvava l'adozione.[2] Quindi avea luogo da parte dell'arrogato la *detestatio sacrorum*. L'atto intero prende il nome di arrogazione da questa *rogatio* diretta al popolo.

Non potevano essere arrogati nè impuberi, nè donne[3] mentre l'antica nomina privata a *filius* potea cadere anche su donne, benchè lo scopo originario dell'adozione dovesse rendere l'adozione di donne rara. Nuovo motivo questo per aver ricorso all'artificio dell'adozione di cui si dirà poi per poter almeno adottare *filiae familias*.

Facendosi le leggi curiate solo in Roma, in Roma solo poteano seguire le arrogazioni. Arrogare si può non soltanto in luogo di figlio, ma di nipote. Ora se si arroga come nipote rispetto a un figlio che si ha, siccome l'arrogato può divenire *heres suus* di questo figlio, occorre alla validità dell'arrogazione che il figlio acconsenta, in base a un principio già esposto. L'arrogazione ha per effetto che l'arrogato subisce una *capitis deminutio minima*. Egli

[1] L. 17, § 4, D. 1, 7.

[2] Nel comizio apparivano l'arrogante e l'arrogando. Al primo viene diretta la domanda se intende che l'arrogando gli sia *iustus filius*. Ricevuta la risposta affermativa, si interroga l'arrogando se volea essere *auctor*, se acconsentiva cioè a divenire figlio dell'arrogante. Alla risposta affermativa seguiva la domanda al popolo: *velitis iubeatis, Quirites, uti Lucius Valerius Lucio Titio tam jure legeque filius sibi siet, quam si ex eo patre matreque familias eius natus esset, utique ei vitae necisque in eo potestas siet, uti patri endo filio est. Haec ita, uti dixi, ita vos. Quirites, rogo.* I comizi approvavano.

[3] La ragione comunemente data si è che nè impuberi, nè donne poteano partecipare ai comizi. Ciò è in contraddizione con Gaio, il quale circa le donne scrive: *nam id magis placuit* (1. 101). Noi inclinamo ad ammettere che non si potessero arrogare, perchè sarebbe stato necessario il consenso del tutore, un consenso che riusciva ad un'alienazione e alienazioni in figli non si volevano più.

entra infatti nella famiglia dell'arrogante e perde la propria, divenendo, da persona *sui iuris, alieni iuris.* Insieme a lui cadono nella potestà dell'arrogante tutte le persone che avea nella patria potestà o nella *manus,* le quali, restando sempre *alieni iuris,* mutano famiglia e subiscono quindi anch'esse una *capitis deminutio minima.* Sia l'arrogato, sia queste persone diventano agnati degli agnati dell'arrogante e, divenendo agnati, divengono anche loro cognati. Ma non divengono cognati dei cognati dell'arrogante, a cui non divengono agnati. Il grado dell'agnazione è determinato secondo il grado in cui si è stati arrogati, ossia come figli o come nipoti. L'arrogante acquista anche *per universitatem* tutti i beni dell'arrogato.

Venendo a dire dell'adozione, per potere, nonostante il divieto legale già menzionato di cedere ad altri in figli i propri figli, procurarsi un figlio nel figlio altrui, probabilmente si usò in principio di finte rivendicazioni del figlio altrui come figlio del rivendicante. Ma o che la legge vietasse questo raggiro o che si mostrasse poco pratico, la giurisprudenza inventò allo stesso scopo un nuovo mezzo, contro il quale l'autorità pubblica non poteva opporsi, nè avea ragione di farlo. Precisamente la giurisprudenza si giovò della norma secondo la quale il padre perdeva la patria potestà se avea venduto tre volte in quasi servitù il figlio, ed una volta la figlia o il nipote o la nipote, per estinguere la patria potestà. Quindi applicò l'antica finta rivendicazione del figlio, anzi che alla persona di chi era figlio, a chi era divenuto quasi servo per dare a questo la qualità di figlio del rivendicante che era il padre adottivo. Il diritto dovea subire l'effetto della norma da lui posta circa la vendita che era l'estinzione della patria potestà; e non avea ragione di opporsi alla finta rivendicazione, poichè per essa non era un figlio d'uno che diveniva figlio di un altro, ma il quasi servo d'uno che migliorava il proprio stato divenendo figlio. Descriveremo il procedimento nell'ipotesi, la più complicata, che fosse un figlio che dovea essere adottato.

Il padre vendeva in quasi servitù, cioè dava in mancipio il figlio ad uno dietro *pactum fiduciae* che l'acquirente

lo manomettesse subito. L'acquirente lo manometteva. Il figlio ricadeva così nella patria potestà. Ma il padre tornava a manciparlo alla stessa persona. Seguiva una nuova manomissione, un nuovo ritorno quindi del figlio sotto la patria potestà e infine una terza vendita alla stessa persona da parte del padre senza questa volta patto di manomissione. A questo punto la patria potestà era definitivamente estinta, e il figlio stava nel mancipio di colui a cui era stato mancipato.

Qui comincia la seconda parte dell'atto. Chi vuole adottare il figlio lo rivendica da chi lo tiene in mancipio dicendo che è figlio suo. Il *quasi dominus* non negava (*cedebat in iure*). Il pretore addiceva il figlio al rivendicante come figlio suo. Questi così si trovava nella patria potestà del padre adottivo.

Col tempo l'atto descritto patì una semplificazione circa le persone intervenienti. Le tre vendite anzichè a un terzo si fanno al padre adottivo; questi, dopo la terza, mancipa il figlio quasi in servitù al padre naturale, ed è dal padre naturale stesso che poi lo rivendica come suo figlio. L'atto così correva soltanto tra il padre naturale e l'adottivo.

L'adozione avea per effetto la *capitis deminutio minima* dell'adottato, il quale lasciava la sua per entrare in una nuova famiglia. Ma non avendo egli persone soggette, nè beni, l'adottante non acquistava per via dell'adozione se non che la patria potestà sulla sua persona. Quanto ai rapporti di agnazione e di cognazione risultanti dall'adozione valgono restrittivamente alla persona dell'adottato le regole esposte trattando dell'arrogazione. È pur qui necessario che il figlio dell'adottante acconsenta, se questi adotta alcuno come figlio di quel figlio. L'adozione non domanda per l'indole stessa degli atti, coi quali si compie, il consenso dell'adottato; basta quello del padre naturale, dell'adottante e la cooperazione del terzo acquirente il figlio a mancipio, finchè il terzo interveniva. Si possono anche, sempre in conseguenza dell'indole accennata, adottare non solo maschi puberi, ma

donne od impuberi. Infine l'adozione potea aver luogo così a Roma che nelle provincie.

Nell'età imperiale le norme sin qui esposte sull'arrogazione e sull'adozione subiscono rilevanti modificazioni.

Nell'arrogazione le curie vengono rappresentate da trenta littori; intervengono però sempre i pontefici. L'arrogazione *populi auctoritate* scomparve solo con Diocleziano.

Già durante il principato sorse una nuova forma di arrogazione per *rescriptum principis*.

Trasformata l'antica forma e sorta questa, Antonino Pio permise che si potessero arrogare anche impuberi, purchè fosse constatata l'opportunità dell'atto (*causa cognita*) e acconsentissero tutti i tutori dell'arrogato. Ad evitare che l'arrogante facesse una speculazione, egli stabilì ancora che l'arrogante desse garanti che, qualora l'arrogato morisse *ante pubertatem*, avrebbe restituito tutto il patrimonio acquistato coll'arrogazione a quelli a cui sarebbe pervenuto, se l'arrogazione non fosse seguita. I particolari relativi a questa prestazione di garanzia sono incerti.[1] L'arrogante deve inoltre rendere il patrimonio all'arrogato, se lo emancipa *ante pubertatem*. Il patrimonio stesso ritorna all'arrogato, se l'arrogante muore, mentre egli è ancora impubere. L'impubere arrogato acquistava infine un diritto di credito alla quarta parte dei beni dell'arrogante, che morisse mentre egli era impubere, se era stato emancipato senza un giusto motivo e non avesse ricevuto la quarta altrimenti.

All'età dioclezianea si ammise che potessero essere arrogate per *rescriptum principis* anche donne. Rimane fermo il requisito del consenso dell'arrogato anche in questi casi.

Lo stesso beneficio della quarta fu accordato da un Senatusconsulto Afiniano di età incerta all'adottato contro

[1] È noto che la promessa di restituzione andava fatta a un servo pubblico e in diritto giustinianeo ad un tabulario; ma è ignoto il suo contenuto e il carattere. V' ha inoltre chi ritiene che la stessa garanzia dovesse essere data in caso di emancipazione dell' arrogato e in quello di morte dell'arrogante.

il padre adottivo, se era stato dato in adozione da un padre che avea tre figli (*adoptio ex tribus maribus*).[1]

Giustiniano introdusse una nuova forma di adozione, l'unica esistente nella sua legislazione, ossia mediante dichiarazione a protocollo giudiziario, essendo presenti il padre, l'adottante ed il figlio il quale dovea consentire. Valea per consenso il non contraddire.

L'adozione per prescrizione di Giustiniano ha diversi effetti secondo che chi adotta è un ascendente paterno o materno dell'adottato oppure il discendente è dato in adozione da un ascendente al quale non era *heres suus* (*adoptio plena*) o non si verifica nè l'una, nè l'altra di queste ipotesi (*adoptio minus plena*). Nel primo caso (pongasi ad es. che il nonno adotti il figlio avuto da un suo figlio dopo che questi era stato emancipato o che il nonno dia in adozione il nipote mentre ha in potestà il figlio) continua a verificarsi come in antico una *capitis deminutio minima* dell'adottato, che esce dalla propria per entrare nella famiglia del padre adottivo; naturalmente divenendovi cognato solo delle persone, a cui diventa agnato, e conservando tutte le cognazioni anteriori. Nel secondo la *capitis deminutio minima* non si verifica. L'adottante non acquista nè la patria potestà sull'adottato, nè alcun altro diritto sulla sua persona, o sui suoi beni. Invece l'adottato acquista un diritto di successione *ab intestato* sui beni dell'adottante. L'adottante resta incaricato di dirigere l'educazione del figlio adottivo, sinchè non la riprenda il padre in forza della sua patria potestà. Altro effetto di questa adozione si è lo stabilimento d'impedimenti matrimoniali. Giustiniano abolì, come figura a sè, l'*adoptio ex tribus maribus*. Rimane ancora nel suo diritto invece un'adozione che, come l'*adoptio minus plena*, non è vera adozione, perchè non può mai accompagnarsi ad un acquisto della patria potestà, introdotta da Diocleziano a favore delle donne che avessero per-

[1] Si discute se la quarta gli era attribuita per il caso che fosse stato emancipato dal padre adottivo o invece per quello di diseredazione o insufficiente istituzione ad erede.

duto dei figli (*ad solatium liberorum amissorum*). Anche in questa l'effetto pratico dell'adozione era soltanto che il figlio adottato acquistava un diritto di successione sui beni della madre adottiva.

Nell'*adoptio minus plena* come in questa per parte di donna si ha in sostanza l'adozione del tipo odierno fatta al solo fine di aver persona cui amare e curare come se fosse un figlio naturale. Non era però questo lo scopo vero nè dell'arrogazione nè dell'adozione in antico. Lo scopo precipuo era di aver un erede; ma troviamo usata l'una o l'altra anche per avere in potestà discendenti altrimenti esclusi dalla famiglia, come i figli del figlio emancipato, per trasformare un plebeo in patrizio e un patrizio in plebeo; per procurare la cittadinanza a Latini; per designare il successore nell'impero. Non è perciò a meravigliare che i Romani non abbiano applicato rigorosamente il principio, che troviamo affermato nelle fonti giustinianee e che a noi sembra tanto naturale: *adoptio naturam imitatur.*[1] Nè essi esigettero per adottare che si avesse moglie; nè impedirono di adottare a chi era frigido; permisero inoltre di adottare in luogo di nipote a chi non ha figli, e sino nell'età degli Antonini, benchè fosse controverso, che si adottassero persone più giovani dell'adottante. Soltanto Giustiniano stabilì che l'adottante dovesse essere più vecchio dell'adottato di diciotto anni, se lo adotta come figlio, e di trentasei se lo adotta come nipote. Non dipende dal principio in discorso, ma da senso della sconvenienza dell'atto il divieto di adottare una seconda volta chi si avea adottato e si era poi emancipato o dato in adozione ad altri. È vietata pure sin da Giustino l'adozione di figli che si ebbero da concubina, per essere già aperta la via a farli propri legittimandoli. Nel diritto giustinianeo resta ferma per l'arrogazione la norma che non possa arrogare chi ha figli propri o è ancora in grado di procurarsene e che non si possa arrogare più di uno.[2]

---

[1] § 4, I. 1, 11.
[2] Sull'adozione di servi già accennata al § 25, v. i miei *Problemi di origini*, pag. 11 segg.

Infine la patria potestà si acquista per legittimazione.

La legittimazione non sorge che coll'impero cristiano. Preceduta da concessioni a favore dei figli naturali di soldati[1] e da altre più generali fatte rispetto alla prole nata da concubinati esistenti e non anche rispetto a quella che nascesse da nuovi concubinati,[2] essa entra nel diritto per una disposizione di Anastasio, abolita da Giustino, ristabilita da Giustiniano, il quale prescrive che i figli nati da concubinato possono essere legittimati purchè il matrimonio fosse stato possibile tra i genitori al tempo del concepimento, i genitori mutino il concubinato in matrimonio, redigendo strumenti dotali, e purchè da ultimo i figli stessi acconsentano a cadere nella patria potestà del padre loro (*legitimatio per subsequens matrimonium; subsequens,* s'intende, al concepimento). La disposizione, come appare, andava a beneficio dei soli *liberi naturales,* e non anche degli *spurii* e *vulgo concepti.* Il concubinato serviva a determinare la paternità. Chi volea acquistare la patria potestà su figli illegittimi non natigli da concubina dovea ricorrere ancora al vecchio rimedio dell'arrogazione. L'esistenza di figli di un precedente matrimonio non impediva la legittimazione.

Teodosio II e Valentiniano introdussero a scopi meramente fiscali un secondo modo di legittimazione di figli nati da concubinato. Il padre di un figlio naturale potea dargli la qualità di figlio legittimo presentandolo alla carica di decurione, generalmente sfuggita per gli oneri che importava, ed assegnandogli insieme il patrimonio, vario secondo le città, necessario ad essere curiali; il padre di una figlia naturale potea ottenere lo stesso beneficio, maritandola ad un decurione e dandole insieme in dote la stessa sostanza (*legitimatio per oblationem curiae*).

---

[1] Traiano permise ai soldati di aver per eredi intestati nel rango dei cognati, secondo l'editto pretorio, i figli naturali avuti durante il servizio.

[2] Costantino e così pure Zenone permisero a chi viveva già in concubinato di legittimare i figli avuti unendosi in matrimonio.

L'*oblatio curiae* poteva anche aver luogo per testamento.[1] Allora occorreva che l'assegno patrimoniale fosse fatto istituendo erede il figlio. Giustiniano ammise che questo modo di legittimazione potesse usarsi anche se l'offerente avea figli legittimi. In seguito all'*oblatio curiae* il legittimato è in rapporto di parentela col solo padre naturale e non anche con gli altri parenti paterni. Giustiniano esige anche qui il consenso del figlio alla legittimazione. Come pure lo esige nel caso di un terzo modo di legittimazione da lui introdotto e che integra quello *per subsequens matrimonium*. Posto che alcuno non abbia figli legittimi e la concubina sua sia morta o scomparsa, o sia tale che non si possa sposare, l'imperatore gli permette di legittimare il figlio avutone, facendo istanza al principe (*legitimatio per rescriptum principis*). Questa legittimazione come quella *per subsequens matrimonium* dà al figlio sia rispetto al padre che ai parenti paterni la stessa situazione che se fosse nato legittimo.[2]

§ 54. — Cessazione della patria potestà.

La patria potestà cessa colla morte naturale e con ogni *capitis deminutio* della persona a cui compete.[3] Probabilmente se il *paterfamilias* cadeva in servitù per addizione fattane dal magistrato al suo creditore cadevano in potestà di questo i figli suoi come nell'ipotesi veduta

---

[1] Il padre dovea lasciare i suoi beni al figlio naturale esprimendo la volontà che fosse curiale.

[2] La legittimazione di cui si è fatto parola consiste in un atto del genitore naturale. Si parla da qualche scrittore di un'altra legittimazione che si compie senza atto veruno. E si ha allorquando un genitore straniero ottiene la cittadinanza. Allora veramente diventando cittadino insieme ai figli, acquista su di essi la patria potestà romana. Ma non si ha veramente una legittimazione. I figli erano legittimi anche prima secondo il diritto dello straniero; muta in tal caso soltanto il diritto dinanzi al quale sono legittimi; prima era il diritto straniero o quel diritto che Roma dettò *ai Latini iuniani*, ora è il diritto di Roma.

[3] Ma si veda quanto si disse trattando del *postliminium*.

di arrogazione. In ogni altro caso non si verificava successione nella potestà estinta.

La patria potestà si estingue ancora, oltre che per la morte naturale, per ogni *capitis deminutio* del sottoposto ad essa.[1]

Va particolarmente considerato quel caso ulteriore di estinzione della patria potestà che si ha allorchè il padre emancipa il figlio, lo elimina cioè dalla famiglia propria senza però farlo passare nella potestà di nessun'altra persona.

L'emancipazione è istituto estraneo al diritto romano primitivo. In questo non ci appare che un ripudio del figlio fatto con la formula: *protinus e conspectu meo abito*, che lasciava intatta la patria potestà. Posteriormente troviamo un modo indiretto e subdolo di rendere indipendente il figlio. Il che concorre a renderci impossibile di determinare lo scopo originario dell'atto.[2]

L'emancipazione avea luogo col fare estinguere anzitutto la patria potestà col mezzo stesso descritto, trattando dell'adozione. Poscia chi avea in *mancipio* per la vendita del padre il figlio lo manometteva *e mancipio*. Così il dipendente era libero tanto dalla patria potestà quanto dal mancipio. Usava che il genitore emancipante anzi che lasciar che il *mancipio accipiens* manomettesse lui il figlio, e ne divenisse così patrono, si facesse mancipare da lui il figlio dopo l'una o le tre vendite per manometterlo *e mancipio* egli stesso, ed essere egli quindi il patrono del manomesso (*parens manumissor*). L'emancipazione in questo caso dicesi *emancipatio fiduciaria*.

---

[1] Per questo caso vanno richiamate le avvertenze fatte trattando del *mancipium*.

[2] Si pensò che la ragione consistesse nell'opportunità per il padre di punire il figlio men gravemente che colla morte o che colla vendita in servitù o quasi servitù e più gravemente che colla diseredazione. Ma l'ipotesi non par probabile. Noi inclinamo a ritenere che l'emancipazione dei figli sia sorta per una imitazione della manumissione dei servi, quando questa acquistò il carattere di semplice conferimento della libertà. E che i suoi scopi potessero essere vari ed anche opposti. Essa può essere stata usata così contro l'interesse del figlio, come nel suo interesse.

A questo modo complicato di emancipare l'imperatore Anastasio nel 502 d. C. ne aggiunse un altro assai semplice *per rescriptum principis*, che dovea servire nel caso di assenza del figlio e quindi d'impossibilità di usare il modo consueto. L'emancipazione per rescritto poteva essere accompagnata dalla riserva a favore del figlio dei diritti di agnazione; nel qual caso non si verificava la sua *capitis deminutio minima*.

Giustiniano, considerando che *nullus rationabilis invenitur exitus* [1] delle formalità dell'antico modo di emancipazione, abolì questo; mantenne l'emancipazione anastasiana e ne introdusse una nuova consistente nella dichiarazione del padre davanti al tribunale del giudice competente di voler emancipare il figlio.

Originariamente non era necessario il consenso del figlio all'emancipazione. Poi esso fu richiesto in tutti e tre i modi a meno che non si trattasse di un figlio infante, il quale potea essere emancipato senza dover attendere che fosse in età da poter acconsentire.

Il figlio non può di regola costringere il padre ad emanciparlo. Fu solo in dipendenza dell'essersi ammessa l'arrogazione d'impuberi che al tempo dei Severi fu concesso agli impuberi arrogati di domandare, dopo divenuti puberi, di essere emancipati; il che ottenevano *causa cognita*. Inoltre, per riguardo alla volontà dei defunti, era costretto all'emancipazione il padre che fosse stato istituito erede a condizione di emancipare i propri figli.[2]

L'emancipazione non produce altro effetto che di rendere libera dalla patria potestà la persona dell'emancipato. I figli suoi, la moglie *in manu* restano nella dipendenza dell'emancipante. E in proprietà di questo resta il peculio profettizio. Ma troviamo già stabilito nell'età dei Severi che il peculio valga per donatogli se il padre non glielo sottrae esplicitamente. Il peculio castrense e quasi castrense gli rimane, perchè rispetto ad essi fun-

[1] L. 6, C. 8, 48.

[2] La disposizione accennata di Traiano (§ 52) non costituì probabilmente una regola.

geva già prima da padre di famiglia. Quanto ai *bona adventicia*, su questi coll'emancipazione cessa il diritto di usufrutto del padre. Ma Costantino volle che questi, a premio dell'emancipazione e a compenso del perduto usufrutto, ottenesse la proprietà di un terzo di essi. A Giustiniano non piacque questo defraudamento, come egli lo chiama,[1] del figlio per la terza parte dei suoi beni; e vi sostituì a favore dell'emancipante l'usufrutto sulla metà dei beni stessi.

L'emancipazione anastasiana e giustinianea produce a favore del genitore emancipato gli stessi effetti che produceva l'emancipazione fiduciaria.

Il *paterfamilias* può emancipare non solo il proprio figlio immediato, ma anche il nipote, senza bisogno a ciò che consenta il figlio. Così il padre di famiglia che non può dare un agnato al proprio figlio contro la sua volontà, può toglierglielo.

A partire da Costantino, essendo oramai considerata l'emancipazione come un beneficio verso il figlio, fu ammessa una revoca di essa per ingratitudine.

La patria potestà oltre che per le cause sinora annoverate cessa se la figlia diviene vestale, il figlio flamine di Giove, e all'età giustinianea se diviene patrizio, console, prefetto del pretorio, *praefectus urbi*, *magister militum*, vescovo. In questi casi l'uscita dalla potestà si verifica senza che abbia luogo *capitis deminutio minima* perchè la patria potestà si figura cessata come per morte dell'avente potestà. Nel diritto postclassico si verificava *ipso iure* la cessazione della patria potestà, senza *capitis deminutio minima* del figlio, anche se il padre avea esposto il figlio, prostituita la figlia, o contratto un matrimonio incestuoso.

§ 55. — **Concetto della tutela.**

Anche la tutela è originariamente potestà di carattere famigliare e l'esposizione della teoria relativa integra il trattato della famiglia romana.

[1] § 2, I. 2, 9.

La tutela ci appare in diritto romano stabilita su due categorie di persone *sui iuris:* gli impuberi e le donne (*tutela impuberum, tutela mulierum*). Di queste tratteremo distintamente, incominciando dalla tutela *impuberum,* rispetto alla quale svolgeremo tutta la teoria della tutela, riservandoci di rilevare trattando della *tutela mulierum* i punti, in cui le norme di questa differiscono dalle norme di quella.

La tutela è una potestà[1] sopra una persona *sui iuris* impubere che va esercitata a difesa di questa. Ciò che le dà individualità tra le altre potestà è questo scopo. Essa era originariamente conferita a chi sarebbe succeduto per legge nei beni dell'impubere, se questi fosse morto senza raggiungere la pubertà. E avea per contenuto: *a*) la cura della persona del pupillo e *b*) quella del suo patrimonio, nell'interesse del pupillo, in quanto i beni erano suoi e, giungendo egli all'età della pubertà, ne acquistava la piena disposizione, ma più ancora nell'interesse del tutore stesso in quanto, morendo il pupillo impubere, egli ne era erede. Questa prevalenza dell'interesse del tutore combinata col fatto che una superiorità giuridica a riguardo di una persona era concepita sempre dai Romani come un potere su codesta persona fa che il termine *tutela* non significhi originariamente il dovere di difesa, che è lo scopo, ma il potere, la *potestas* sulla persona; che *tutela* sia cioè nome di un diritto; mentre l'ufficio di difesa non è che un dovere (*officium*) che gli va congiunto. Esula così dalla tutela romana primitiva l'idea odierna della tutela, che essa sia un ufficio stabilito a solo vantaggio del pupillo, che conferisce al tutore certi diritti. Essa è invece un diritto, a cui si accompagnano certi doveri.

---

[1] L. 1, pr. D. 26, 1. *Tutela est, ut Servius definit, vis* (o *ius?*) *ac potestas in capite libero* (si traduca: su persona libera e non, come altri vuole: su persona *sui iuris*) *ad tuendum eum* (i compilatori omisero: « *eamve* ») *qui propter aetatem* (i compilatori omisero: « *vel sexum* ») *sua sponte se defendere nequit iure civili data ac permissa.* Le omissioni rilevate non paiono probabili al FERRINI, *Pand.,* pag. 920, n. 1.

In processo di tempo la tutela dovea però divenire quale è attualmente. Ciò non dipese che in menoma parte dall'essere stata ab antico sottratta al tutore la cura della persona del pupillo, e dall'essersi così ristretto il suo ufficio alla custodia dei beni. Dipese invece essenzialmente dalle modificazioni intervenute nelle norme che ne regolavano il conferimento. Ammessa infatti a lato alla tutela legittima, prima contemplata, la testamentaria e la dativa, di cui diremo, fu possibile, anzi nella dativa normale, che fosse tutore chi non aveva alcuna aspettativa rispetto all'eredità dell'impubere e quindi non custodiva, esercitando la tutela, alcun interesse proprio. Ciò importò che in ogni tutela, anche nella legittima, e in ogni suo caso non si considerasse quindi oramai la *potestas* che come un mezzo per adempiere l'*officium*.

La tutela dativa è anche manifestazione di una nuova idea, ossia che la cura degli interessi del pupillo non è meramente un affare privato, ma pubblico. Preme allo Stato che i pupilli non siano indifesi. Il dovere di tutelarli è suo anzi tutto. Di qui appunto il suo intervento per dare al pupillo un tutore, se manchi di tutore legittimo o testamentario, e di qui ancora una sempre sua maggiore sorveglianza sull'esercizio di tutte le tutele, sempre maggiori cautele a che i tutori non abusassero del loro ufficio ai danni del pupillo. La tutela diventa così un *munus*, una carica, destinata bensì a custodire l'interesse privato del pupillo, ma in un interesse statuale.

Nelle disposizioni sulla tutela, che andremo svolgendo, noi vedremo varie manifestazioni di questa successione di concetti; poichè i nuovi non riuscirono ad eliminare ogni traccia dei precedenti.

Sulle origini della tutela sarà discorso trattando della tutela delle donne.

§ 56. — Distinzioni giuridicamente importanti relative all'età.

L'intelligenza delle norme sulla tutela presuppone quella delle distinzioni, da cui s'intitola questo paragrafo.

I Romani distinsero gli uomini, in ragione della varia situazione giuridica loro a seconda dell'età, in varie categorie. Si presenta per prima quella degli *infantes*. *Infans* è colui che non può parlare (*qui fari nequit*). Questo periodo dell'*infantia* dipese certamente dall'inettitudine fisica a parlare correntemente per tutto il tempo della giurisprudenza classica e forse anche ulteriormente fino a Giustiniano, il quale ne fissò la fine a sette anni compiuti. Quindi in diritto giustinianeo l'*infantia*, anzi che l'età in cui non si può parlare, è l'età in cui non si ha l'intelligenza di ciò che si fa, un riguardo questo, rispetto al quale gli antichi non aveano ragione di fare distinzioni, perchè una quantità d'atti giuridici erano validi, quando fossero state pronunciate certe formule, ne intendesse o non ne intendesse chi le pronunciava il senso.

L'infante è incapace di compiere atti giuridici,[1] eccettuati alcuni pochi (§ 59); per l'infante *sui iuris* (l'*alieni iuris* non ha necessità d'agire) doveano agire i servi suoi o pubblici.

Finito il periodo dell'infanzia, l'uomo è designato come impubere *infantia maior* sino alla pubertà, ossia al compimento dello sviluppo fisico che lo rende atto alla generazione.[2]

---

[1] In antico ciò dipendeva dal fatto che il diritto non conosceva che atti giuridici orali. Fu anzi in causa di questa necessità di parlare per poter fare una stipulazione, una *in iure cessio*, una mancipazione, una *cretio*, ecc., che si ebbe riguardo alla capacità di parlare.

[2] Sulla determinazione della pubertà si è parlato a pag. 220. Qui aggiungiamo che, pur dopo stabilito che le donne fossero puberi a 12 anni compiuti, il fissare la data della pubertà dei maschi rimase in balìa delle rispettive famiglie. Era infatti costume che il 17 marzo successivo al giorno in cui aveano compiuto il quattordicesimo anno, la famiglia togliesse loro la toga infantile (*toga praetexta*), che invece le donne portavano sin che non andavano a marito, per vestirli colla toga virile (*toga pura, virilis, libera*). L'assunzione della toga virile era il segno esteriore del raggiungimento della pubertà, al quale andava congiunta l'uscita dalla *tutela impuberum*. Parve ora alla giurisprudenza avanzata che la data di un avvenimento giuridico tanto importante non dovesse dipendere dall'arbitrio delle famiglie che poteano vestire il giovane della toga virile così prima come qualche tempo dopo che avesse raggiunto la pubertà e volle che fosse segnata invece da un fatto certo pel tempo. Fu nel fissare questo fatto

Rispetto alla capacità d'atti giuridici sia dell'uomo che della donna *infantia maiores* vale il principio, non forse originario, ma sorto per uno sviluppo storico incerto, che, agendo da soli, essi possono migliorare la propria condizione; non possono invece farla peggiore. Essi possono quindi da soli fare atti d'acquisto (di cose, di diritti su cosa altrui, di crediti). Non possono, invece, da soli alienare, rinunciare a diritti, contrarre debiti. Onde, se da un atto giuridico possa derivare l'acquisto di un credito e l'assunzione di un debito (come avviene, ad es., nella compravendita), il contratto da essi fatto vale a loro riguardo per l'acquisto del credito, non per l'assunzione del debito.[1] Si è detto: « da soli », perchè, se sono *sui iuris*, e il tutore interpone la propria autorità, vale l'atto anche a loro danno. Invece, se sono *alieni iuris*, l'atto non vale a loro danno neppure col consenso del padre, eccettuato il caso di adizione di eredità; che può aver luogo da parte di loro *iussu patris*.[2] Manca all'*infantia maior* anche la facoltà di testare, sia pur coll'autorità del tutore, *quoniam nondum plenum iudicium animi habet*.[3]

---

che le opinioni dei giuristi si divisero al modo esposto. La disputa fu agitata sia rispetto alla fine della tutela che alla capacità matrimoniale e di far testamento; vero è che nei due ultimi casi l'opinione sabiniana non riusciva pratica.

[1] Se le conseguenze vantaggiose e dannose dell'atto non si possono scindere, allora l'atto è nullo. Perciò il pupillo non può senza l'*auctoritas* del tutore adire un'eredità. Sull'assunzione di debiti da parte del pupillo senza codesta *auctoritas* ritorneremo trattando delle obbligazioni naturali.

[2] La regola si spiega facilmente. Non potendo avere in linea di principio il figlio nulla in proprio, e acquistando tutto ciò che acquista per il padre, l'ammettere che col consenso del padre potesse peggiorare la propria situazione voleva dire aprirgli, quando era ancora impubere, la possibilità di danneggiarsi coi propri atti giuridici, mentre gli rimaneva chiusa quella di avvantaggiarsi. Lo sviluppo dei peculii castrense, quasi castrense e dei *bona adventicia*, non alterò la massima. Codesti peculii il figlio non li potea avere che da pubere e rispetto ad essi agiva come padre di famiglia. Dei *bona adventicia* avea l'usufrutto e l'amministrazione il padre. Nel caso poi che al padre fosse sottratto quello e questa, si nominava per questi beni al figlio un curatore.

[3] Ulp., XX, 12. Il motivo originario è che l'impubere non può adottare.

Col raggiungimento della pubertà l'uomo diviene pienamente capace così di acquistare che di alienare, di contrarre debiti e di testare. La donna invece resta ancora in parte incapace, per la tutela del sesso che grava su di essa finita quella degli impuberi. Soltanto dopo abolita la tutela muliebre, la pubertà segnò anche per essa il momento dell'acquisto di una piena capacità d'agire. Sulla progressiva restrizione che subì questo principio dominatore del diritto romano per effetto della *cura minorum*, sarà discorso più innanzi.

L'età determina anche varie condizioni di responsabilità civile per delitti. Gli infanti sono del tutto irresponsabili. In origine gli *infantia maiores* sono del tutto responsabili. A partire però, come sembra, da Giuliano, si riconoscono irresponsabili anche gli *infantia maiores*, se sono *infantiae proximi*; restano invece responsabili i *pubertati proximi*, posto che abbiano sufficiente maturità d'intelligenza da capire il male che fanno.

§ 57. — Persone che possono essere tutori. *Excusationes; potioris nominatio.*

Per potere essere tutori conviene anzi tutto essere di sesso maschile. *Tutela* [*plerumque* interp.] *virile officium est.*[1] Eccezionalmente la madre e l'ava poterono essere tutrici del loro figlio e nipote[2] purchè chiedessero la tutela, rinunziassero alle seconde nozze[3] e al beneficio del SC. Velleiano, mancassero tutori testamentari capaci di assumere l'ufficio e dessero in pegno tutti i loro beni a favore del pupillo. Se nonostante la rinuncia accennata, la donna

[1] L. 16, pr. D. 26, 1. L'esclusione delle donne dalla tutela è giustificata da Alessandro Severo dicendo che *ultra sexum femineae infirmitatis tale officium est.* In realtà la debolezza del sesso non conta. Il vero motivo si è che le donne possono essere *in potestate*, ma non mai avere persone *in potestate* se non *dominica* o *quasi dominica.*

[2] V. il § successivo per lo sviluppo storico relativo.

[3] Per la madre concubina la rinunzia era al matrimonio.

tutrice passava a seconde nozze, erano sottoposti a pegno anche i beni del marito.[1]

Tutori non possono inoltre essere che cittadini, perchè la tutela si esercita su cittadini. È solo per un provvedimento eccezionale che si ammisero ad essere tutori col tempo anche Latini (non però *e lege Atilia*), e che si permise ad un cittadino romano di essere tutore di un suo fratello inscritto in una colonia latina.[2]

Di questi soli requisiti si appagava l'antico diritto e questi soli erano infatti conseguenza del carattere originario di *potestas* proprio della tutela. Era quindi possibile che fossero tutori un impubere,[3] un minore di venticinque anni, un prodigo, un figlio di famiglia; pazzi, muti, sordi e ciechi.[4] Il pretore però trovò modo di escludere dalla tutela queste persone inette a gerirla col considerarle dimissionarie (*excusatio necessaria*). In tal caso dava al pupillo un curatore interinale.

Nel corso del tempo, via via che prevalse il carattere di *officium* della tutela, alcune di codeste circostanze diventarono causa d'incapacità. Nel diritto giustinianeo sono incapaci certamente gli impuberi, i minori di venticinque anni, i muti, i furiosi, i sordi. Altre incapacità sanzionate in esso, maturatesi però le più anteriormente, sono le seguenti. Non possono essere tutori i soldati in attività di servizio, i vescovi, i monaci. I preti sono incapaci a riguardo di chi non sia loro parente. I creditori e i debitori dell'impubere non possono essere suoi tutori sinchè sono tali. Se assumono, ciò non ostante, la tutela, il creditore perde il credito, e il debitore non può, finchè esercita la tutela, liberarsi in nessun modo dal debito.

Finchè la tutela era un diritto veniva anche trattata come tale nel senso che la persona chiamata alla tutela

---

[1] Le condizioni esposte sono quelle contemplate nel diritto giustinianeo.

[2] I *Latini iuniani* non possono essere tutori testamentari.

[3] Altri non crede ammessi gli impuberi che alla tutela delle donne.

[4] Circa ai pazzi, muti, ecc., le nostre fonti contengono un'antinomia.

poteva così accettarla come respingerla. Divenuta un ufficio, alla costituzione e all'esercizio del quale lo Stato s'interessava, chi era chiamato ad essa e ne era capace si trovò costretto ad assumerla e ad esercitarla.

Allora fu però necessario ammettere certi motivi di scusa (*excusationes*), sia per non assumerla e sia per deporla.

Questi motivi furono stabiliti prima per la tutela dativa, quindi estesi alla legittima e da ultimo alla testamentaria, nella quale il tutore nominato serbò così più a lungo il diritto di abdicare, senza addurre motivi, alla tutela. Doveano esser fatti valere entro un certo tempo vario a seconda della distanza del chiamato dal luogo della tutela.[1]

Chi è chiamato alla tutela dativa può indicare una persona più adatta ad assumerla (*potioris nominatio*). Un'*oratio divi Severi* limitò questa facoltà a motivo degli abusi ai quali dava origine. L'imperatore negò la

[1] I motivi principali sono: *a*) il rivestire certi uffici (ad es. essere amministratore del fisco o magistrato municipale); *b*) l'essere assenti in servizio dello Stato; la scusa vale anche per un anno dopo il ritorno; *c*) l'aver figli naturali (anche se dati in adozione) viventi emancipati o no in numero di tre a Roma, quattro in Italia, cinque nelle provincie; ma contano per viventi anche i figli caduti in battaglia *hi enim, quia pro republica ceciderunt, in perpetuum per gloriam vivere intelleguntur* (pr. I. 1, 25); *d*) l'esercitare certe professioni; a questo titolo sono scusati grammatici, sofisti, retori, medici, filosofi, atleti incoronati, con questo però che non tutti i professionisti simili in una località erano scusati, ma un certo numero soltanto e la scusa valeva, a meno che non fossero dottissimi, per quella sola località. Non esisteva limite di numero solo per i filosofi che erano tutti scusati, perchè sono, ci si dice, pochi. Non erano scusati nè professori di diritto, nè geometri, nè poeti; *e*) l'appartenere a certe corporazioni, specialmente a quelle che provvedevano al servizio dell'annona in Roma; *f*) l'essere già investiti di tre tutele o di tre cure, finchè si amministrino; *g*) alcune condizioni personali che rendono impari o meno atti all'uffizio; ad es. la povertà, una malattia per cui non si possa attendere neppure ai propri interessi; l'avere raggiunti i settant'anni; l'essere veterani licenziati con *missio honesta;* il non saper leggere e scrivere; chi è nominato in un testamento può invocare come motivo di scusa inimicizie corse e rimaste tra lui e il padre del pupillo, o l'aver patito una questione di stato mossagli dal padre.

potioris nominatio ai compagni di corporazione del padre e del pupillo, ai cognati di questo sino al *sobrino natus* e agli affini. A tutti gli altri chiamati alla tutela non restò concesso di indicare come *potior* che una persona compresa nella categoria delle persone accennate. Nessuno poteva essere nominato come *potior* per diritto di vicinanza. Il liberto non può nominare in nessun caso un *potior* rispetto ai figli del patrono. La *potioris nominatio* era estinta al tempo di Giustiniano; non si sa quando nè come. Nel diritto giustinianeo nessun tutore può sostituire, nè far sostituire altri a sè.

§ 58. — Chiamata alla tutela.

Si può essere chiamati alla tutela o in atto d'ultima volontà del *paterfamilias* (*tutela testamentaria*), o dalla legge (*tutela legitima*), o dal magistrato (*tutela dativa*).[1]

Tutela testamentaria. Fu introdotta o confermata, quantunque sia contestato, dalla legge delle XII tavole. I giuristi la riconducono ad una sua disposizione che suona: *uti legassit* (come avrà disposto) *super pecunia tutelave suae rei ita ius esto.* Il testo, come ci è tramandato, è forse inesatto; ma non c'è ragione di dubitare della sostanza dell'informazione.

Il *paterfamilias* può adunque in un testamento in origine, poscia, durante l'impero, anche in un codicillo confermato nel testamento, nominare un tutore alle persone sotto la sua patria potestà (ed ai postumi) per il caso che alla sua morte fossero ancora impuberi e divenissero per essa *sui iuris.* La nomina del tutore dovea farsi dopo la nomina dell'erede con parole latine imperative, ad es., *L. Titium liberis meis tutorem do;* o *liberis meis Titius tutor esto.* Nel diritto postclassico fu sufficiente qualunque modo d'indicazione. Il tutore potea essere nominato anche sotto

[1] Talora nelle fonti si chiama tutela dativa anche la tutela testamentaria.

termine o condizione. Il tutore testamentario non può essere nominato che per ogni affare; altrimenti la nomina è invalida. È invalida anche se il testatore nulla lascia al pupillo: *tutor separatim sine pecunia dari non potest.*[1] Egli può quindi diseredarlo, ma, perchè stia la nomina del tutore, deve allora lasciargli un legato. Chi è nominato tutore in un testamento diventa tale *ipso iure* quando anche un solo fra gli eredi adisca l'eredità. Qualunque irregolarità nella nomina a tutore [2] la rendeva per il diritto civile nulla. Costituzioni imperiali ammisero invece che simili tutori potessero essere confermati dal pretore o dal capo della provincia. Quando fosse stato un estraneo all'impubere a nominare il tutore occorreva alla conferma che il testatore avesse istituito erede l'impubere e questi null'altro avesse in proprio. I tutori confermati, benchè formalmente dati dal magistrato, eliminano i legittimi.[3]

Tutela legitima. Si distingue in *tutela agnatorum* e *tutela patronorum*.

Per la legge delle XII tavole, in mancanza di un tutore testamentario, si fa luogo alla tutela degli agnati maschi dell'impubere, ai quali compete secondo l'ordine nel quale sono chiamati alla sua successione ereditaria *ab intestato.*[4] Alla stessa tutela si fa luogo anche se

[1] L. 53, D. 50, 16.

[2] Ad. es. perchè il padre avea nominato un tutore al figlio emancipato, o lo avea nominato non con parole imperative, o perchè era la madre o il patrono o un amico che avea nominato il tutore rispettivamente al figlio, al liberto, al figlio dell'amico.

[3] La conferma si fa secondo i casi *sine inquisitione* o *ex inquisitione*. Si fa al primo modo se si tratta di tutori irregolarmente nominati dal padre. Tuttavia una qualche inquisizione è prescritta al magistrato anche in questo caso, per escludere quei tutori che probabilmente non sarebbero stati nominati, se il padre avesse conosciute certe circostanze: *utilitatem pupillorum praetor sequitur, non scripturam testamenti* (l. 10, D. 26, 3). In tutti gli altri casi è prescritta l'inquisizione del magistrato diretta a vagliare la bontà della nomina. Questa inquisizione ha luogo anche pel tutore nominato dal padre, se l'impubere è un suo figlio soltanto naturale e non gli abbia nulla lasciato.

[4] Di qui la regola espressa nella l. 73, pr. D. 50, 17, *eo tutela redit, quo et hereditas pervenit, nisi cum feminae heredes intercedunt.*

il tutore testamentario cessa di essere tutore, nè il testatore provvide per questo caso a nominarne un altro. Si applica alla chiamata alla tutela un principio contrario a quello che vale per l'eredità. Mentre infatti nelle eredità legittime non v'ha *successio;* qui essa ha luogo; cioè se l'agnato chiamato primo alla tutela cessa *ipso iure* di esserlo, essa passa all'agnato più remoto o in mancanza di agnati ai gentili.[1]

Durante il tardo impero furono chiamati alla tutela legittima anche certi cognati: la madre dell'impubere da Valentiniano, Teodosio ed Arcadio e il suo fratello emancipato da Anastasio. Nel diritto giustinianeo la tutela è deferita secondo l'ordine di successione *ab intestato* stabilito dalla Novella 118: *nulla neque in hac parte differentia introducenda de agnatorum seu cognatorum iure.*[2] In esso è ammessa alla tutela legittima anche l'ava.[3]

La tutela patronorum si chiama anch'essa *legitima non quia nominatim ex lege* [*scil. XII tab.*] *de hac tutela cavetur, sed quia proinde accepta est per interpretationem, atque si verbis legis introducta esset.*[4] Come infatti per codesta legge sono chiamati alla tutela gli eredi legittimi dell'impubere, così, poichè la stessa legge prescrive che l'eredità ab intestato del liberto sia devoluta, in mancanza di *sui,* al patrono e ai suoi figli, si ritenne dai giuristi che al patrono e ai suoi figli andasse devoluta anche la tutela sul liberto impubere. Se il manomittente non avea che la proprietà bonitaria sullo schiavo, la tutela sul liberto spetta a chi avea il nudo *ius quiritium.*

È un caso di *tutela legitima patronorum,* ed è così chiamata nelle fonti anche la tutela che spettava al padre, il quale avesse mancipato a scopo di emancipazione il figlio o il nipote impubere facendoselo remancipare dal-

---

[1] Per la tutela dei gentili vedasi la *laudatio Turiae* e Cic. *pro domo,* 13, 35.

[2] Nov. 118, c. 5.

[3] Sui requisiti perchè la madre e l'ava potessero essere tutrici si parlò al § 57. Il fratello emancipato occupa il posto che avrebbe se non fosse stato emancipato.

[4] Gaio, 1, 165.

l'acquirente dopo sciolta la patria potestà e manomettendolo poi egli stesso *e mancipio.* Venendo a morire il padre, la tutela passava ai suoi figli, che si trovavano così tutori del fratello o sorella o del proprio figlio o figlia emancipati. E allora prendeva il nome di *tutela fiduciaria,* secondo il diritto classico, se l'emancipato era una sorella o una figlia; secondo il diritto giustinianeo, anche se era un fratello o un figlio. Lo stesso nome portava anche la tutela competente a qualunque estraneo che avesse liberato alcuno dal mancipio e ai suoi figli.[1]

Nel diritto giustinianeo, abolito il *mancipium,* non rimane altro caso di tutela fiduciaria da quello dei figli del *parens manumissor* sopra i loro fratelli e sorelle o figli emancipati.

Tutela dativa. Si dice normalmente tutore dativo il tutore nominato dal magistrato in mancanza di tutore testamentario o legittimo.[2] V'ha chi ritiene che per lungo tempo le persone prive di tutori simili avessero il proprio tutore nel pretore. Ma è ipotesi del tutto infondata.

La tutela dativa trae l'esistenza da una legge *Atilia* emanata probabilmente nel secolo VI (avanti il 568 d. R.), la quale stabiliva che ai cittadini romani, nel caso contemplato di mancanza di tutori testamentari o legittimi, dovesse dare un tutore il pretore assieme alla maggioranza dei tribuni. La legge *Iunia* e *Titia,*[3] di età in-

---

[1] Il nome di tutela fiduciaria deriva per l'estraneo da ciò che egli manometteva dal mancipio in forza di un *pactum fiduciae* stretto col padre del mancipato; per i discendenti agnati del padre da ciò che al padre loro era stato remancipato il figlio pure in forza di un *pactum fiduciae,* che faceva obbligo all'acquirente di remanciparlo a lui. La tutela del *parens manumissor* non si chiamò fiduciaria, pur riacquistando il figlio per un *pactum fiduciae,* perchè aveva la forza propria della tutela legittima agli effetti della tutela muliebre e la avea in causa del rapporto di paternità.

[2] Ad es. perchè non fu nominato un tutore in testamento e non ci sono agnati del pupillo; o perchè il tutore era stato nominato in testamento sotto condizione non ancora verificata o *ex die* non ancora giunto, perchè il tutore testamentario o legittimo fu fatto prigione, ec. Nei due ultimi casi la tutela dativa cessa, quando l'altra può essere esercitata.

[3] È incerto se si tratti di un'unica legge o di due.

certa,[1] conferì lo stesso potere, rispetto ai pupilli romani, ai pretori provinciali. Di qui i nomi di *tutor Atilianus, tutor Iunianus Titianus* dati al tutore dativo.[2]

La nomina del tutore ha luogo normalmente in seguito alla domanda di persone che o possono o devono fare la domanda stessa (*tutoris postulatio*).[3]

Varie disposizioni fanno obbligo al magistrato di non nominare a tutore certe persone: tali sono quelle che uno dei genitori vietò in un atto di ultima volontà che fossero nominate; quelle di cattiva indole o pravi costumi, quelle che si dan da fare per essere nominate e soprattutto quelle che tentano a codesto fine di corrompere il magistrato; chi si trova in legazione finchè è legato, ec.

§ 59. — **Amministrazione della tutela e conseguenti responsabilità. — Fine della tutela.**

Il tutore è preposto nell'età storica alla persona del pupillo soltanto per provvedere alla custodia di tutto il suo patrimonio.[4] Come *potestas*, infatti, la tutela non può

[1] Forse dei primi tempi dell'impero; v. WLASSACK *röm. Prozessg.* II, pag. 151, n. 32.

[2] La facoltà di dar tutori dovette essere conferita ai magistrati dalla legge o da fonti che han valore di legge, perchè il nominarli non appartiene all'*imperium* nè alla *iurisdictio*. Durante l'età imperiale l'ufficio di nominare i tutori fu successivamente conferito prima ai consoli, poscia al pretore tutelare; solo per certi casi importanti anche al *praefectus urbi;* nelle provincie rimase in vigore la competenza dei presidi; nelle tutele meno importanti potevano tuttavia nominare i tutori *iussu praesidum* le autorità del luogo, ove dovea procedere la tutela. Nel diritto giustinianeo si conserva la competenza del pretore e del *praefectus urbi* nella capitale; altrove sono competenti le autorità locali, se il patrimonio pupillare non eccede i 500 solidi; altrimenti i presidi.

[3] Fu prima tenuta a chiedere un tutore al figlio nell'età imperiale la madre, e quindi anche i parenti eredi presuntivi del pupillo: quella e questi sotto pena, se non lo facciano, della perdita dei loro diritti di successione *ab intestato*. Il liberto deve chiedere il tutore al pupillo suo patrono, sotto pena personale. Dopo la legge *Titia* può chiedere un tutore a sè il pupillo stesso (*Fragm. Sin.* XX). Possono inoltre richiedere un tutore al pupillo gli affini e gli amici suoi.

[4] La sentenza (l. 12, § 3, D. 26, 7) *cum tutor non rebus dumtaxat sed etiam moribus pupilli praeponatur* va interpretata nel senso che

riferirsi che a tutta la personalità patrimoniale del pupillo. Se troviamo talora detto che può darsi un *tutor ad certam causam,* ciò è frutto della progressiva alterazione del concetto della tutela.

Un pupillo può avere come uno così più tutori in qualunque specie di tutela. Quando ne abbia più, il magistrato deve sceglier fra loro chi amministri, *ne per multos tutela spargatur,*[1] se non fece ciò il testatore. Solo per eccezione amministrano tutti collettivamente o per parti.[2]

Nel caso di amministrazione collettiva, l'*auctoritas* di un solo fra i tutori basta alla validità dell'atto; nel caso di amministrazione ripartita, ogni gerente presta l'*auctoritas* per la parte che lo riguarda, a meno che *res quae agitur solutionem faciat ipsius tutelae,*[3] nel qual caso occorre l'*auctoritas* di tutti i tutori. Ognuno dei contutori gerenti ha un diritto di veto contro gli atti dell'altro. I tutori non gerenti si dividono in due categorie: *honorarii* e *notitiae causa dati.* I primi devono sorvegliare gli atti del gerente, farsi presentare i conti, procurare che i danari del pupillo siano deposti. Perciò anch'essi sono in linea sussidiaria responsabili nel modo che si dirà. I secondi sono aggregati ai *gerentes* in certi rami di amministrazione come consiglieri tecnici e di qui prendono

---

il tutore deve, amministrando il patrimonio, fare anche le elargizioni di costume convenienti alla situazione sociale del pupillo. L'altra sentenza (§ 4, I. 1, 14) *certae autem rei vel causae tutor dari non potest* significa che di regola il tutore è per tutto il patrimonio e non per certe sue parti o per certi affari. Il tutore non è tenuto a curare anche l'aumento del patrimonio pupillare.

[1] L. 3, § 7, D. 26, 7.

[2] Il magistrato deve preferire nel caso di più tutori testamentari, che sono dispensati dall'obbligo di dare cauzione, chi offre di darla. In mancanza di questo titolo di preferenza, e in generale in parità di garanzie che presentino i tutori per le loro qualità personali siano o no testamentari, il magistrato deve curare che i tutori si accordino nella nomina di un amministratore tra loro e, se non s'accordano, sceglierlo egli stesso. Solo se i tutori ripudino l'elezione del magistrato, devono amministrare insieme collettivamente tutta la tutela o ripartirsi le competenze secondo il genere degli affari o i luoghi, dove vanno geriti.

[3] L. 5, § 1, C. 5, 59.

il nome. Anche a questi incombe una varia responsabilità a seconda dei casi.

Il tutore non ha nulla a che fare, in tempi storici, coll'educazione del pupillo, la cura della quale resta affidata dal magistrato ai prossimi parenti del pupillo e in particolare alla madre.

Il tutore non ha che da levare dalla sostanza pupillare le somme necessarie alla sua alimentazione in senso latissimo. Egli deve quindi provvedere anche alle spese per l'educazione del pupillo e a tutte le altre convenienti al suo stato, consistenti, ad es., nell'alimentazione dei liberti ed anche di estranei, nei *solemnia munera* da mandare a parenti e cognati.

Nell'amministrazione della sostanza pupillare dicono le fonti che il tutore *domini loco est*. Il principio era anticamente inteso in senso letterale, tanto che in base ad esso non si ammetteva che il tutore potesse commettere furto delle cose pupillari; il furto suppone infatti una *contrectatio rei alienae invito domino* e qui era il tutore stesso considerato domino. Si diceva perciò che il tutore in caso simile non facea che *perfide agere*.[1]

Posteriormente, affermando che il tutore è *domini loco*, non si designò che la larga libertà sua di condotta in una onesta amministrazione. Il tutore è *domini loco* quando amministra; non quando spoglia il pupillo. E perciò diviene passibile d'*actio furti*.

Il tutore deve secondo il diritto classico amministrare la sostanza del pupillo secondo la diligenza di un buon padre di famiglia. Nel diritto giustinianeo la diligenza richiestagli è quella forma attenuata che porta il nome di *diligentia quam in rebus suis*.[2] Egli deve promettere l'adempimento di quest'obbligo di regola dando *satisdatio rem pupilli salvam fore*.[3] Sono dispensati dal dare cauzione i tutori nominati dal testatore *quia fides eorum*

[1] L. 55, § 1, D. 26, 7.

[2] V. i testi contraddicentisi: l. 1, pr. D. 27, 3 — l. 33, pr. D. 26, 7.

[3] Stipula in tal caso il pupillo *infantia maior* o un suo servo, o si applicano i mezzi veduti nel caso di arrogazione di un impubere.

et diligentia ab ipso testatore probata est e i tutori dati dietro inquisizione *quia idonei electi sunt.*[1]

Un tempo il tutore avea mano assolutamente libera nell'amministrazione. Poi questa libertà gli fu progressivamente limitata sia circa le alienazioni[2] che circa l'impiego dei capitali[3] e le riscossioni.[4]

L'insieme di queste disposizioni dimostra un sospetto crescente verso i tutori. Il quale traspare anche nelle prescrizioni, secondo le quali, in diritto giustinianeo, il tutore è tenuto a dichiarare i rapporti di debito e credito esistenti tra lui e il pupillo, a giurare di condursi con fede e a redigere un completo inventario garantito dalla pubblica autorità dei beni pupillari (*inventarium, repertorium*), a meno che il testatore non lo avesse dispensato dal farlo. Se il tutore, senza un motivo plausibile, omette di far l'inventario, è allontanato dall'ufficio come sospetto, è sottoposto a pena, ed è responsabile del

[1] Pr. I. 1, 24.

[2] Già ab antico il tutore non può far donazioni salvo il caso che abbiamo contemplato nel testo. Settimio Severo stabilì nel 195 d. C. che i tutori e i curatori non potessero alienare i fondi rustici o suburbani salvo il caso di alienazione forzata (ad es. divisione di una cosa comune) o che il padre avesse permessa l'alienazione nel testamento, o che il pretore la giudicasse necessaria per pagare i debiti del pupillo e la permettesse con un decreto. Nelle tre ipotesi la vendita era valida per diritto civile, ma se avea avuto luogo a vil prezzo, era accordata *causa cognita* la *in integrum restitutio.* Costantino estese il divieto all'alienazione dei fondi urbani e di ogni cosa di qualche pregio, così che il tutore non potea più alienare di sua volontà che gli animali superflui e le cose di poco prezzo che, a conservarle, andrebbero perdute (come indumenti logori o guasti). Giustiniano, mantenendo nel resto codeste disposizioni, eliminò in senso affermativo il dubbio che i tutori non conservassero la facoltà di alienare di loro volontà i frutti delle cose pupillari. Ogni alienazione contraria a queste condizioni è nulla.

[3] Il tutore dovea investirli in fondi o in crediti fruttiferi. Giustiniano, per le difficoltà e i pericoli di quest'ultima forma d'investimento, ordinò che i danari, non impiegati al primo modo, potessero, anzichè dati a prestito, essere tenuti in custodia giacenti.

[4] Non può ricevere pagamenti, senza il permesso del magistrato, a meno che non si tratti di debiti di somme scadenti a regolari intervalli e facenti parte dei redditi (ad es. pensioni, interessi regolari, ecc.) limitatamente però allora a due annate e mai sopra i cento solidi.

danno eventuale verso il pupillo, il quale stima, sotto giuramento, il valore dei beni ritenuti dal tutore. Prima della redazione dell'inventario il tutore non può fare alcun atto di amministrazione, a meno che non si tratti d'atto che non ammette neppure un breve ritardo.

Il tutore non ha una rappresentanza legale del pupillo, secondo il diritto romano, così che gli atti fatti da lui valgano come fatti dal pupillo. La cosa era ordinata ben diversamente da ora.

Il tutore o agisce come un *negotiorum gestor*, una persona cioè che amministra affari altrui nell'interesse di questo o presta l'*auctoritas*. Il tutore è costretto ad agire come *negotiorum gestor* tutte le volte che il pupillo non possa agire di per sè, e quindi anzitutto finchè è ancora infante. Ora siccome molti atti non possono essere fatti che dalla persona a cui si riferiscono e non da un terzo, ne viene che finchè il pupillo era infante, gli atti stessi non poteano aver luogo e per questo rispetto la tutela presentava una grave lacuna. Tali atti erano, ad es., l'adizione di eredità, l'*optio*, l'alienazione per via di *mancipatio*, o di *in iure cessio*; una *legis actio* o un *iudicium legitimum*.[1] Agendo come *negotiorum gestor*, se il tutore fa degli acquisti o di cose o di crediti, egli acquista ciò per sè; soltanto è tenuto a trasferire l'acquisto nel patrimonio del pupillo. Se il tutore contrae obbligazioni per il pupillo, l'obbligato è egli stesso; il pupillo però fatto pubere dovrà liberarlo dall'obbligazione. Se aliena, l'alienazione è invalida, se non segua la ratiabizione del pupillo fatto pubere. Solo in certi casi troviamo ammesso durante l'impero che gli effetti dell'atto del tutore passino direttamente nel capo del pupillo. Una volta che fu riconosciuta la possibilità di acquistare il possesso per mezzo di una persona estranea, e col possesso la proprietà, il tutore potè acquistare la proprietà direttamente come un rappresentante del pupillo al pupillo, e farla acquistare alienandola in nome del pupillo a

[1] Se nello stadio antico della tutela o alcuni o tutti questi atti potessero essere fatti dal tutore, è controverso.

terzi. Il pretore ammise inoltre il tutore ad adire l'eredità in nome del pupillo per gli effetti pretorii che nel diritto posteriore divenirono effetti civili. Da ultimo fu in date ipotesi stabilito che l'azione che spetterebbe al tutore o contro il tutore fosse data al pupillo o contro il pupillo (*utilis actio* per stipulazioni del tutore,[1] *actio iudicati* per condanne ottenute o subite dal tutore).[2] In tutte le ipotesi fatte quindi l'azione del tutore non si presenta con caratteri specifici, ma è parificata a quella di un *negotiorum gestor* qualsiasi, salve le deviazioni vedute dagli antichi principii.

La vera funzione specifica del tutore, come quella che può essere esercitata solo da lui rispetto al pupillo, è l'*auctoritatis interpositio.* Quando il pupillo abbia superato lo stadio dell'infanzia, anche se non intenda perfettamente ciò che fa egli può compiere efficacemente gli atti giuridici che non consistano in acquisti, soltanto, come si è già accennato, quando il tutore dia ad essi la sua approvazione; approvazione che, movendo dall'idea che occorre un'integrazione della volontà del pupillo da parte del tutore, prende il nome come in altri casi (si ricordi l'*auctoritas patrum*) di *auctoritas.* Questa distribuzione di parti tra pupillo e tutore permetteva che gli effetti dell'atto andassero a cadere nella persona del pupillo direttamente, e che insieme questi si trovasse tutelato contro la sua incapacità amministrativa.

L'*auctoritas* va interposta dal tutore immediatamente (*in ipso negotio*) di presenza, oralmente, e senza condizioni, nè termini (*pure*). Questi requisiti sono soddisfatti anche se, trattandosi di un negozio che si può concludere per nunzio o per lettera (ad es. una compra-vendita), il tutore dia il suo consenso al pupillo all'atto che riceve per lettera la proposta di vendita e risulti al proponente l'intervenuta approvazione. In certi casi l'*auctoritatis interpositio* può avvenire rispetto ad atti compiuti dall'infante, perchè non occorre in essi un *fari,* ma basta

---

[1] L. 9, pr. D. 26, 7.
[2] L. 2, pr. D. 26, 7.

un intendere, ad es. per compiere una *pro herede gestio*, o per ricevere la dichiarazione di restituzione di eredità di un erede fiduciario. Il tutore non può essere costretto, salvo gravi motivi, ad interporre l'*auctoritas* dal magistrato, perchè se anche il suo rifiuto d'interporla nuoce al pupillo, questi può poi farsi risarcire il danno dal tutore. Il tutore non può essere *auctor in rem suam*.

Fra tutore e pupillo in origine non poteano correre obbligazioni perchè non ne possono mai correre tra persone che sono in potestà e chi le ha in potestà. In quest'epoca il tutore non è passibile che di pene, perchè agisce perfidamente nella tutela. Si vedeva un agire perfidamente, come si è detto, nel fatto che il tutore sottraesse beni al pupillo, cioè nell'ipotesi di furto. In tal caso il tutore rispondeva coll'*actio rationibus distrahendis*, per la quale dovea pagare il doppio di ciò che aveva sottratto; una metà la dovea a titolo di pena, l'altra a titolo di risarcimento. Ammessa nei tutori la capacità di commettere furto contro i pupilli, l'*actio furti* si collocò a fianco all'antica, l'ipotesi della quale si estese ad abbracciare così i casi di furto, come quelli in cui, non essendovi furto, si aveva tuttavia uno sperperamento doloso dei beni del pupillo. Le due azioni nel caso di furto potevano concorrere. L'*actio rationibus distrahendis* non si accordava che a tutela finita; essa trae già il nome dal regolamento dei conti che si domandava al giudice di fare dopo la fine della tutela, perchè in occasione di esso potesse risultare l'ammanco patito dal pupillo. Per il suo carattere penale l'azione non andava contro gli eredi.

Durante la tutela, inoltre, qualunque persona [1] era ammessa a muovere al tutore l'accusa di essere un tutore sospetto (*crimen suspecti tutoris*). È sospetto in origine non già il tutore che si astiene dal gerire la tutela (ci si può infatti astenere dall'esercitare un diritto), ma chi la gerisce e nella gestione di essa si diporta dolosamente

[1] Non però l'impubere mai; e anche le donne non poterono muovere l'*accusatio suspecti tutoris* che nell'età imperiale. L'istituto risale alle XII tavole.

o con lata negligenza. Solo nell'età imperiale fu ammesso che si potesse accusare anche il tutore, la cui frode consisteva nel trascurare di assumere la tutela. L'accusa si svolge dinanzi al magistrato e si chiude con un suo decreto col quale il tutore è rimosso dalla tutela. Il tutore rimosso diviene infame. La remozione non importava che il tutore cessasse senz'altro di essere tutore. Egli era escluso dalla gestione. Il pretore nominava altri in suo luogo e solo colla nomina del nuovo tutore in base ad un senatusconsulto di età incerta, ma posteriore alla legge *Atilia*, l'antico cessava *ipso iure* di essere tale.[1]

Intorno al principio del VII secolo (l'età è però incerta) infine fu introdotta un'azione speciale detta *actio tutelae* spettante come *directa* al pupillo contro il tutore; come *contraria* al tutore contro il pupillo. Essa si distingue dalla consueta *actio negotiorum gestorum*, per ciò che contempla una *gestio* che ebbe luogo in adempimento dell'*officium* di tutore. In forza dell'azione diretta il tutore si trova asservito (*obligatus*) verso il pupillo; in forza della contraria questi verso quello. Coll'*actio directa* il pupillo ottiene che il tutore renda i conti, gli trasmetta gli acquisti fatti per lui, gli risarcisca i danni derivatigli dal non avere impiegato nella tutela la diligenza impostagli. Originariamente l'azione non serviva che se il tutore avea gerito; non se non avea cominciato a gerire. Poi fu accordata come *utilis* anche nel caso di non assunta gestione.[2] Coll'*actio tutelae contraria* il

---

[1] La remozione del tutore potea essere anche chiesta per la sua inerzia ed inettitudine, ma in tal caso non è rimosso come sospetto e perciò non diviene infame. Il procedimento è del resto il medesimo che in caso di *fraus*.

[2] Il procedimento storico relativo fu il seguente. L'azione competeva originariamente contro il tutore per i singoli atti di gestione. Poi per la gestione considerata come un'unica attività. Se il tutore non geriva, l'azione non era sperimentabile, ma i consoli lo costringevano a gerire sia direttamente con mezzi coercitivi, sia indirettamente col decretare che egli non amministrava a suo rischio e pericolo (*suo periculo cessabat*). E il pretore accordava allora contro di lui l'*actio utilis*. Infine si stabilì che se il tutore, scorsi i termini per essere esonerato dalla tutela, non geriva, era sempre, senza bi-

tutore ottiene soddisfazione delle spese incontrate, il pagamento degli interessi sopra le somme spese per il pupillo, e così pure dell'onorario che gli fosse assegnato dal testatore o per speciali motivi dal magistrato e la liberazione dai debiti assunti per il pupillo di fronte a terzi. Il tutore condannato nell'*actio tutelae directa* per dolo diviene infame.

Poteva avvenire che si conducesse come tutore chi tale non era, ad es., perchè risultava che il testamento, in cui era stato nominato tutore, era nullo. Per questo caso fu ammessa a favore del *falsus tutor* contro il pupillo un'azione *pro tutelae directa,* mentre al pupillo spettava contro di lui un *contrarium iudicium negotiorum gestorum,* cui Giustiniano presenta come azione *pro tutelae contraria.* Se alcuno fungeva dolosamente da tutore non essendolo, e prestava, inutilmente quindi, l'*auctoritas,* era in forza dell'editto del pretore tenuto a risarcire l'intero danno venutone al terzo che lo credeva vero tutore.[1]

Sussidiariamente ai rimedi che abbiamo esposti, il pupillo gode di un'azione (*actio utilis subsidiaria*) contro i magistrati che o nominarono un tutore inidoneo, od omisero di esigere la cauzione dal tutore e contro chi fu nominato per esaminare la consistenza della garanzia offerta. Il pupillo è anche garantito da ciò che il suo credito contro il tutore gode di un *privilegium inter personales actiones,* per cui è preferito ai creditori chirografari, e di un'ipoteca tacita sui beni del tutore che ha per data il giorno in cui comincia la tutela.

Il pupillo esce di tutela, coll'essere *capite minutus,* e diventando pubere.

Cessa la tutela di un tutore per cominciare quella di un altro, se il primo tutore muore, o patisce una *capitis deminutio maxima o media,*[2] se è scusato *a suscepta tu-*

---

sogno di un decreto, nella condizione di quello di cui i consoli aveano decretato che *suo periculo cessabat.*

[1] Il terzo potea pur chiedere la ratiabizione pretoria dell'atto o la *restitutio in integrum.*

[2] La *capitis deminutio minima* del tutore importava invece soltanto la cessazione della tutela legittima, che, spettando agli agnati, non può competere a chi cessa di essere agnato al pupillo.

tela, se giunge il termine *ad quem* o si verifica la condizione risolutiva posta alla tutela; se abdica; se è rimosso, perchè sospetto, secondo le regole esposte circa il *crimen suspecti tutoris*. La madre e l'ava perdono la tutela rimaritandosi. È incerto se originariamente l'*in iure cessio tutelae*, che avea luogo nella tutela delle donne, potea aver luogo anche nella tutela degli impuberi.

§ 60. — Tutela delle donne.

La donna è esclusa da tutti gli uffici civili o pubblici.[1] Le fonti giustificano la norma, invocando la *pudicitia*, la *fragilitas* e la *forensium rerum ignorantia* propria del sesso. In realtà essa dipende dal fatto che, una volta posta la famiglia sulla base del patriarcato, non poteva partecipare alla vita della città costituita da un insieme di famiglie, chi, come la donna, non poteva essere mai padre di famiglia, ma soltanto invece chi o rappresentava attualmente una famiglia o potea rappresentarla in avvenire, cioè adunque i *patres* e i *filii familias*.

Questa stessa situazione della donna in ordine alla famiglia creava il pericolo che, fatta *sui iuris*, si giovasse della sua indipendenza a danno degli interessi della gente e della parentela agnatizia in cui era per non provvedere che agli interessi suoi. La donna *sui iuris* sostiene infatti una vita individuale in mezzo ad una società che originariamente non conosce e non ammette se non la vita collettiva. Ad impedire ciò rimase stabilito che la donna, uscita col raggiungimento della pubertà dalla tutela *impuberum*, cadesse sotto una nuova tutela, destinata a durare per tutta la sua vita, che porta il nome di *tu-*

[1] Essa non partecipa ai comizi, non può essere magistrato, giudice, testimonio solenne, non può presentare azioni popolari, nè *postulare* per altri, nè rappresentare alcuno in giudizio, nè essere investita della tutela, salvo le eccezioni vedute. — Ricordiamo che il diritto romano non ammette l'esistenza di ermafroditi. L'ermafrodito è maschio o femmina secondo il sesso che prevale in esso, l. 10, D. 1, 5.

tela mulierum.[1] Ma la rapida decadenza della vita gentilizia, il venir meno delle abitudini di convivenza e del senso di comuni interessi tra i membri delle *familiae communi iure* e in genere l'avanzarsi progressivo della vita individuale tolsero alla tutela delle donne la forza di estendersi, di modificarsi e d'integrarsi che ebbe in contrapposto la tutela degli impuberi. Quindi essa ci si presenta coi suoi caratteri arcaici primitivi e nella primitiva limitata estensione, cinta inoltre di provvedimenti tutti diretti a renderla meno gravosa alla donna.[2]

Il tutore della donna non ha neanche in antico la cura della sua persona[3] e non agisce mai come *negotiorum gestor;* la donna gerisce i suoi affari da per sè; egli si limita a prestare l'*auctoritas* ai seguenti atti: 1) alienazione di *res mancipi;*[4] 2) *acceptilatio;* 3) *in iure cessio;* 4) adizione di eredità; 5) manomissione anche non formale; 6) testamento; 7) assunzione d'obbligazioni in genere; 8) *conventio in manum* per via di *coemptio;* 9) costituzione di dote; 10) concessione alla liberta di unirsi in contubernio con uno schiavo altrui; 11) stare in giudizio in

---

[1] Gaio, 1, 193, c' informa che l' istituto non esisteva presso i popoli peregrini, ma che presso i più fra questi le donne erano tuttavia *quasi in tutela;* così presso i Bithinii all'affare concluso da una donna dovea dare l'*auctoritas* il marito o il figlio pubere.

[2] È quindi naturale che Gaio, 1, 190, guardando solo ai suoi tempi, trovi la tutela delle donne ingiustificata. Il motivo antico e vero di essa gli sfugge, e il nuovo invocato della leggerezza del sesso era in realtà fragile e smentito sia dall'uso delle donne di attendere esse ai propri affari, che dalla facoltà del magistrato d' imporre, su ricorso della donna, al tutore di prestare l'*auctoritas.*

[3] Ciò è contestato; ma se v'ha testi che parlano di giudizi domestici su donne *sui iuris,* nessuno menziona una potestà punitiva del tutore sulla pupilla.

[4] Rispetto a simili alienazioni la donna acquistò una indipendenza di fatto, quando fu introdotta l'*usureceptio ex Rutiliana constitutione,* per cui chi acquistava una *res mancipi* da una donna, senza l' *auctoritas tutoris,* o *falso tutore auctore* sapendolo tale, tuttavia potea usucapirla se ne avea pagato il prezzo. Da allora infatti la brevità del termine dell'usucapione, combinata col fatto che la donna, la sola che potea agire con *reivindicatio* per le sue cose, non potea in questo caso ripetere la cosa, assicurava normalmente l'acquirente senza l'*auctoritas tutoris* che sarebbe divenuto proprietario della cosa per usucapione.

una *legis actio* o in un *iudicium legitimum*.[1] Mancando l'*auctoritas*, l'atto era nullo.

La tutela delle donne incominciò, al pari di quella degli impuberi, come legittima e restò ordinariamente tale. Soltanto questa infatti corrispondeva alle ragioni originarie della tutela stessa. In seguito s'introdusse prima la tutela testamentaria (nominava il tutore il padre o l'avente la donna *in manu*) e poi la dativa, ma erano tutele disformi nello spirito dall'antica più ancora qui che nel caso degli impuberi, come quelle che erano stabilite evidentemente a vantaggio della donna; la prima poi non doveva praticamente applicarsi che per escludere dalla tutela gli agnati. Il diverso spirito loro traluce anche in alcune diversità di ordinamento che le rendevano tollerabili alle donne. Le quali non diressero perciò la loro opposizione che contro la tutela legittima; opposizione che dovea riuscire trionfante prima indirettamente mediante il ripiego veduto della *coemptio tutelae evitandae gratia* (§ 40), poscia a riguardo della tutela agnatizia per opera della legislazione.

I tutori legittimi non poteano essere costretti dal magistrato ad interporre, sopra istanza della donna, l'*auctoritas* che per gravi motivi. Essi acquistarono[2] inoltre la facoltà, veramente umiliante per la donna, di trasferire ad altri l'esercizio della tutela mediante *in iure cessio*.

[1] Essendo tutti questi atti, tolto quello sub 10) introdotto probabilmente per una disposizione speciale, originariamente intergentilizi, è palese che il tutore era dato in origine alla donna per gli atti nei quali essa entrava in relazione d'affari con altra gente. Questi erano infatti anche i soli coi quali essa poteva compromettere gli interessi della sua gente. La funzione giuridica del tutore dovea essere di garante verso l'estero che l'atto della donna, essendo stato riconosciuto non contrario agli interessi della gente a cui essa appartiene, tiene per la gente stessa. Dobbiamo quindi concludere che questa fosse anche la funzione giuridica originaria del tutore degli impuberi. V. in proposito i miei *Problemi di origini*, pag. 36 sgg.

[2] Diciamo « acquistarono, » perchè il ricorrersi ad una *in iure cessio* prova che il diritto dello Stato non ammetteva originariamente codesta cessione. — Il tutore cessionario (*tutor cessitius*) restava tutore finchè moriva o pativa una *capitis deminutio*, ma perdeva la tutela, se a sua volta il tutore cedente moriva o soffriva una *capitis deminutio*.

Invece i tutori non legittimi (detti *tutores alterius generis* e sono, oltre al testamentario e l'atiliano, il fiduciario e l'*optivus*, di cui si dirà poi) non solo non hanno questa facoltà, ma possono essere costretti dal magistrato, su ricorso della donna, ad interporre l'*auctoritas* anche in mancanza di gravi motivi. La possibilità di una coercizione a prestare l'*auctoritas* e il non gerire mai il tutore gli affari della pupilla fan sì che egli non sia mai esposto all'*actio tutelae* o *rationibus distrahendis*.

In un caso la tutela testamentaria potea ridursi a non costituire alcun serio vincolo per la donna. Il marito infatti, che avesse la moglie *in manu*, potea, invece di nominarle direttamente nel testamento il tutore, lasciarle la facoltà di sceglierlo o per un numero fisso (*optio angusta*)[1] o per un numero infinito di volte, così che la donna potea mutar tutore quante volte le piacesse (*optio plena*).[2] Il tutore scelto dicevasi *optivus*. La donna potea scegliere il tutore per tutti i suoi affari o per uno od alcuni.

La donna usciva di tutela col divenire *alieni iuris* e a partire dal principio dell'impero col conseguire l'*ius liberorum*. Per disposizione delle XII tavole era esente dalla tutela anche divenendo *virgo Vestalis*.

La *tutela mulierum legitima* degli agnati fu abolita dalla *lex Claudia*. Le altre tutele divennero tanto meno gravose in quanto un senatusconsulto concesse alle donne di chiedere un tutore in luogo di un altro, se questi era assente anche per breve tempo. Di questo favore non godeano però le liberte in tutela del patrono. Spariscono le traccie della tutela delle donne solo dopo Diocleziano. L'impossibilità tuttavia della sua esistenza non può ricondursi ad età anteriore a quella in cui Teodosio ed Onorio concessero l'*ius liberorum* a tutte le donne.

---

[1] Si concedeva colla formula: *Titiae uxori meae optionem dumtaxat semel* o *bis do.*

[2] La formula di concessione era qui invece: *Titiae uxori meae tutoris optionem do.*

§ 61. — Effetti della *capitis deminutio minima*.

Si ha, come si disse, *capitis deminutio minima*, quando un cittadino, non in causa della morte dell'avente podestà su di lui,[1] perde la sua famiglia originaria, conservando la libertà e la cittadinanza. I singoli casi di *c. d. m.* sono stati veduti nel corso della trattazione. Essi si riducono a tre categorie: *a*) un cittadino *sui iuris* diviene *alieni iuris;*[2] *b*) un cittadino *alieni iuris* diviene *sui iuris;*[3] *c*) un cittadino *alieni iuris* in una famiglia diviene *alieni iuris* in un'altra.[4]

In forza della *c. d. m.* si estinguono tutti i legami di parentela civile del *capite minutus* colla sua famiglia originaria e tutte le situazioni giuridiche, nelle quali si trova, che li presuppongono.

Inoltre periscono tutte le sue attività patrimoniali strettamente personali.[5] Circa alle altre attività, queste un tempo erano acquisite all'avente potestà nei casi della ca-

---

[1] Non si ha quindi *c. d. m.* per ciò che un figlio immediato del *paterfamilias* diviene alla sua morte *sui iuris*, nè perciò che un nipote del *paterfamilias* entra alla sua morte sotto la podestà del padre suo divenuto così *sui iuris* e quindi capo di una nuova famiglia. Si videro (§ 54) altri casi eccezionali di uscita dalla patria potestà senza che si abbia *c. d. m.*

[2] Es. arrogazione quanto al *paterfamilias* arrogato; *conventio in manum* della donna *sui iuris* per qualunque causa. Non cadono in questa ipotesi i casi in cui un cittadino *sui iuris* diviene *alieni iuris*, perchè al padre suo è conferita la cittadinanza. A codesto conferimento si dava infatti effetto retroattivo, facendolo risalire al tempo del matrimonio, in cui fu generato il figlio.

[3] Es. uscita dal *mancipium* per divenire *sui iuris; diffarreatio.*

[4] Es. arrogazione quanto alle persone libere in potestà dell'arrogato; *conventio in manum* della donna *alieni iuris;* costituzione del figlio o della figlia *in causa mancipii;* uscita dal *mancipium* per ricadere nella patria potestà antica o in una nuova, o passaggio dal *mancipium* di una persona nel *mancipium* di un'altra.

[5] Tali sono l'uso, l'usufrutto, il diritto di patronato in quanto ha per oggetto i servizi del liberto. Il *c. minutus* esce anche dalla *societas*, in cui fosse; un principio abolito solo da Giustiniano. Per altre innovazioni giustinianee vedasi quanto diremo più innanzi circa l'estinzione dei diritti personali su cosa altrui.

tegoria *a*); sorti i peculi castrense, quasi castrense, e regolati nel modo veduto i beni avventizi, esse divenivano in codesti casi secondo la loro origine o peculi castrense e quasi castrense o beni avventizi; nei casi della categoria *b*) i peculi accennati come i beni avventizi si mutano in beni propri del *minutus*, salvo le eccezioni vedute pel caso di emancipazione; in quelli della categoria *c*) conservano il loro carattere.

Quanto alle passività, il principio antico si era che esse si estinguessero in tutti i casi, salvo che non derivassero da delitto.[1] Giustiniano prescrisse che anche i debiti civili da contratto non si estinguessero ma si convertissero in naturali.[2] Mantenne però la norma con cui il pretore avea riparato all'estinzione assoluta dei debiti da contratto e che consisteva nell'accordare azione ai creditori contro il *capite minutus*, come se la *capitis deminutio* non fosse avvenuta (*perinde quasi id factum non est*). Quindi essi si soddisfaceano sul patrimonio del *capite minutus*, di cui non restava al nuovo avente potestà che la parte residua. Il nuovo avente potestà era anche tenuto a difendere il *capite minutus* contro l'azione restituita e, se non lo faceva, i creditori otteneano la *missio in pos-*

---

[1] Non si estingueva però l'*actio de dote* perchè *in bonum et aequum concepta est*, dice Gaio in l. 8, D. 4, 5; ma appunto, dandoci egli questo motivo procedurale e positivo, non può essere sua ma dei compilatori la frase *eas.... non potest* della stessa legge, che ne contiene un altro filosofico.

[2] Nella l. 2, § 2, D. 4, 5 non sono soltanto interpolate le parole *ceterum.... filius familias*, ciò che fu visto dal Fabro; ma anche le precedenti. Il Gradenwitz, *Natur und Sklave*, pag. 31, propone di leggere *iure honorario* al posto di *naturaliter*. Ma la correzione non è accettabile; essa non elimina l'assurdità che Ulpiano opponga alla sentenza del § 3, *nemo delictis exuitur quamvis capite minutus sit* l'altra che da contratto si resta obbligati *naturaliter*. Egli dovea dire invece che per la *c. d.* chiunque *negotiis exuitur*, ossia che per gli affari precedenti alla *c. d.* non v'ha più azione per diritto civile e che perciò fu necessario che l'editto del Pretore la ristabilisse. Dunque anzitutto Ulpiano parlava di azioni e non di obbligazioni; in secondo luogo non parlava di obbligazioni naturali; la menzione dell'obbligazione naturale in questo luogo come in tanti altri è giustinianea. Si veda ciò che diciamo trattando in genere delle obbligazioni naturali.

sessionem nel patrimonio, che senza la *c. d.* sarebbe stato proprio del *capite minutus*, e il diritto di venderlo.
Il testamento del *capite minutus* diviene invalido.

CAPO IV.

LA CITTÀ.

§ 62. — I cittadini.

È cittadino di Roma chi è riconosciuto da quella corporazione politica su base nazionale che è il *populus romanus quiritium* come un suo membro, qualunque siano i diritti che gli sono attribuiti ed i doveri che gli sono imposti.[1]

Si nasce cittadini o si diviene cittadini.

Si nasce cittadini nascendo: *a*) da persone unite in giuste nozze, se il padre era cittadino al momento del concepimento; *b*) da persone non unite in giuste nozze, se la madre era cittadina al momento del parto.

L'applicazione di quest'ultimo principio importò che per la frequenza, seguita alla conquista dell'Italia, delle unioni di donne romane con stranieri privi di connubio con esse, crescesse soverchiamente il numero di cittadini figli di padre straniero, e come tali stranieri d'animo. Onde una legge *Minicia*, che si fa di poco anteriore alla guerra sociale, derogò ad esso ordinando che i figli di donna cittadina nati da un matrimonio con uno straniero con cui non avesse connubio, fossero stranieri. Modificò in parte la legge in discorso solo Adriano, prescrivendo, in vista della compiuta romanizzazione dei popoli, i quali godevano al suo tempo della latinità, che i figli di citta-

---

[1] L'enumerazione dei diritti dei cittadini, che molti scrittori usano fare, è inesatta in quanto si attribuiscono a tutti i cittadini diritti, dei quali molti di essi mancavano. Va inoltre osservato che non c'è neppure un diritto che sia caratteristico del cittadino, nel senso che tutti i cittadini lo possiedano e non lo possieda chi non sia cittadino.

dina nati dal suo matrimonio con un latino, con cui non avesse connubio, fossero tuttavia cittadini.

Si diviene cittadini o da servi o da stranieri liberi.

I servi acquistano la cittadinanza quando siano liberati dalla giusta servitù, salvo i casi veduti in cui colla liberazione divenivano soltanto *latini iuniani* o *peregrini dediticii*.

Gli stranieri liberi acquistano la cittadinanza per concessione dello Stato, sia che questo la accordi ad interi popoli, o determini certe condizioni generali, date le quali singoli stranieri diventano cittadini [1] o infine la conferisca a determinate persone.

Laddove durante la monarchia e la repubblica la concessione della cittadinanza dev'essere fatta per legge rogata o per legge data, durante l'impero essa è di competenza esclusiva dell'imperatore.

La più celebre e più importante disposizione imperiale in materia è la costituzione accennata (§ 3) di Caracalla, emanata a scopo fiscale probabilmente nel 212 d. C., della quale non ci pervenne il testo, ma ci è descritto dagli antichi il contenuto con tali termini,[2] da dover dire che

---

[1] Si vide trattando della latinità politica (§ 3) e della latinità iuniana (§ 29) i casi principali dell'una e dell'altra forma di concessione. Qui va aggiunta l'ipotesi che un coniuge erri nello stato dell'altro, come avviene ad es. se un romano sposa una peregrina, credendola romana, o una romana sposa un peregrino, credendolo un romano o un latino *ex lege Aelia Sentia*. Adriano, ritenendo ingiusto che chi avea errato si trovasse ad avere il figlio nato dall'unione in condizione diversa da quella in cui pensava che sarebbe entrato, stabilì che in codesto caso, provato l'errore (*erroris causae probatio*), divenisse cittadino sia il figliuolo che il genitore straniero, a meno che il genitore non fosse un peregrino dediticio, chè allora diveniva cittadino il figlio e non il genitore. Mancando un figlio, ognuno dei genitori rimaneva nella sua condizione. La disposizione deriva dalla stessa idea inspiratrice di un rescritto di M. Aurelio e Vero, con cui si assimilavano ai figli legittimi quelli nati in un matrimonio nullo contratto in buona fede prima della dichiarazione di nullità.

[2] AUG. *De civ. dei*, 5, 17: *ut omnes ad romanum imperium pertinentes societatem acciperent civitatis et romani cives essent;* l. 17, D. 1, 5, *in orbe romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives romani effecti sunt;* Nov. Iust. 78, 5. Antonino diede la cittadinanza ἅπασιν ἐν κοινῷ τοῖς ὑπηκόοις.

l'imperatore ordinò che fossero cittadini in presente e in futuro tutti i sudditi dell'impero. La costituzione però o non ebbe o non serbò tale assoluto significato. Certo si è che anche dopo di essa l'impero ebbe sudditi stranieri nei *latini iuniani* e nei *peregrini dediticii*, nei cittadini privati per pena della cittadinanza [1] e nei membri di certi popoli non organizzati a città.[2] Nell'età giustinianea tutti i sudditi dello Stato sono cittadini, eccettuati i soli barbari stabiliti sui confini, i quali, pur essendo sudditi romani, viveano secondo le proprie leggi.

La cittadinanza si perde cadendo in servitù.

Si può anche perdere, conservando la libertà. Ciò avveniva anzitutto quante volte il cittadino di propria volontà trasferiva, con l'intenzione di perdere la cittadinanza, il suo domicilio da Roma presso un altro popolo, il quale per trattato concluso con Roma fosse tenuto a proteggere il cittadino così esiliatosi, sia che lo lasciasse in condizione di protetto, sia che ne facesse un proprio cittadino. Questo diritto diceasi *ius exsilii*.[3] Roma ammetteva anche un *ius exsilii* da sè in una città straniera che intendeva di fondare. Così il cittadino romano diviene latino, dando il suo nome per essere dedotto in una colonia latina da fondarsi.

Anche senza l'*exsilium*, un cittadino romano diveniva latino col solo dichiarare di voler divenir tale.

---

[1] La cosa si spiega, considerando che sotto il nome di latinità e di peregrinità va in codesti casi una situazione non di diritto pubblico, ma privato.

[2] Tali erano certi popoli della Corsica, della Sardegna, dell'Egitto, delle Alpi, ecc.

[3] Il diritto di esilio poteva essere reciproco. Così il semplice trasferimento di un romano in una comunità latina lo rendea latino, come a sua volta il latino trasferitosi in Roma vi diveniva romano. Poteva anche essere unilaterale. Roma cioè potea far riconoscere l'*ius exsilii* a sè verso uno Stato e negarlo a questo. Quando il cittadino si fosse esiliato per timore di una condanna imminente o dell'esecuzione di una condanna avvenuta, Roma, ad impedirgli il ritorno in patria per godervi della protezione giuridica competente secondo i trattati ai membri della comunità in cui si era esiliato, lo dichiarava *sacer*, e gli comminava l'*aqua et igni interdictio*. La perdita della cittadinanza non derivava però dalla sacertà e dall'interdizione, ma dall'esilio.

Durante l'impero e forse già a partire da Silla la perdita della cittadinanza è comminata per pena a chi viene condannato alla deportazione in un'isola[1] o perpetuamente ad un *opus publicum* (lavori forzati). Il deportato cadeva in condizione di peregrino dediticio e i suoi beni erano confiscati.

Già da età antica perdeva la cittadinanza chi era passato al nemico od era stato proclamato per legge o per senatusconsulto *hostis*.

Lo straniero divenuto schiavo presso i Romani e poscia colla manomissione cittadino romano perde la cittadinanza romana e riacquista la sua originaria per diritto di postliminio se ritorna tra il popolo a cui apparteneva, dato che questo sia in rapporti amichevoli con Roma.

La questione se alcuno era cittadino o no era decisa in via amministrativa finchè la legge Papia del 689 d. R. non istituì un tribunale a codesto scopo.

§ 63. — La Cura.

La città diede origine, mediante suoi provvedimenti, ad alcune situazioni giuridiche delle persone che non sono, non che uno svolgimento, nemmeno un'imitazione d'istituti propri della famiglia.[2] Fra codeste situazioni tengono il primo luogo e considereremo quindi per primi i numerosi casi di *cura*. Contempleremo in seguito i vari stati che nell'ultima età del nostro diritto si raccolgono sotto il nome d'*infamia;* la condizione di *addictus* e di *auctoratus;* le posposizioni giuridiche dipendenti dalla religione; e infine la condizione di colono.

---

[1] La deportazione surrogava l'antica *aqua et igni interdictio.*

[2] Le molte norme comuni alla tutela e a certi casi di cura non derivano che da condizioni che doveano influire ad atteggiarle ugualmente entrambe; così dall'organizzazione famigliare che determinava quasi ugualmente le vocazioni alla tutela e alla cura, e dal prevalere pratico anche nella tutela della *negotiorum gestio* sopra la prestazione dell'*auctoritas*.

Cura furiosi. Il più antico caso di cura è la *cura furiosi* che risale ad una disposizione delle XII tavole: *si furiosus escit, ast ei custos nec escit, agnatum gentiliumque in eo pecuniaque eius potestas esto.*[1] La legge stabiliva adunque una *potestas* ossia un diritto sulla persona del furioso (*in eo*) e sui suoi beni (*pecuniaque*) per il caso che non avesse padre, nè tutore (*ast ei custos nec escit*).

Questo diritto era deferito agli agnati ed ai gentili secondo l'ordine in cui erano chiamati alla successione, quindi con riguardo al loro interesse alla conservazione dei beni. Ma chi era investito del diritto avea pur qui anche l'*officium* di tutelare col proprio l'interesse del furioso.

Il nome di cura, come quello di tutela, designa l'incombenza; che l'incombenza abbia assunto quello e non questo nome, dipende dal fatto che essa è diversa nel primo e nel secondo caso ed è diversa in ragione della diversità accennata di origine dei due istituti, civica dell'uno, gentilizia dell'altro. Il tutore è istituito, come si vide,[2] allo scopo di garantire che gli atti del pupillo o della donna compiuti con un estraneo alla sua gente, staranno. Perciò il suo ufficio specifico è d'interporre l'*auctoritas*. Gli altri suoi uffici di custode della persona del pupillo in antico e di *negotiorum gestor* sorgono solo in occasione di quello e rispetto all'impubere, non alla donna, come qualche cosa in sostanza di estraneo all'essenza della tutela. Ma quando le XII tavole introducono la cura del furioso, tutta la vita autonoma delle genti, che formava il presupposto e la ragione dell'*auctoritatis interpositio* e quindi della tutela, è cessata. L'istituto della tutela rimane perciò bensì, ma come un arcaismo gentilizio, che se può essere ed è rivolto a nuovi fini, è però incapace di estendersi oltre ai casi originari suoi. A tutte le persone bisognose in ogni altro caso di chi ne

---

[1] Le parole *ast ei custos nec escit* conservate da Festo, 162, secondo alcuni, non appartenevano alle XII tavole. Il BRUNS, *Fontes*, 6ª ed., le riferisce senza buon fondamento ai delitti dei furiosi.
[2] Pag. 324, n. 1.

curi i beni, la città non può quindi dare un tutore; essa non può dar loro che persona, la quale sia essenzialmente ciò che il tutore essenzialmente non era ossia un amministratore, un *curator*.

In epoche storiche *furiosus* è chi ha perduta interamente la ragione, quantunque possa avere dei lucidi intervalli, riacquistarla cioè transitoriamente intera.[1] Le persone afflitte da altre malattie mentali, come melanconie, monomanie, estrema leggerezza, ecc. (*amentes, dementes, mentecapti, fatui*), non essendo *furiosi,* non soggiacevano originariamente alla cura in discorso. Vi soggiacquero solo in progresso di tempo, se il grado del loro vizio mentale lo esigeva; altrimenti erano sottoposti alla *cura debilium*.

La *cura furiosi,* istituita come legittima, potè in seguito essere dativa e da ultimo testamentaria, ma testamentaria fu solo in questo senso che la nomina fatta nel testamento paterno di un curatore al figlio furioso era un motivo per il magistrato di nominarlo, se lo trovava idoneo.[2] Veramente si avea adunque pur qui un caso di cura dativa; ma per deferenza al testamento si diede alla nomina del curatore per parte del magistrato il carattere di conferma della nomina fatta nel testamento; ond'egli appariva un curatore testamentario allo stesso titolo per cui si considera tutore testamentario quello nominato irregolarmente nel testamento e confermato dal magistrato.

Anche la *cura furiosi,* al pari della tutela, da diritto che era si convertì in mero ufficio privato prima, in pubblico poi; e dal dirigersi alla persona e ai beni si restrinse ai beni. Le norme esposte circa la capacità alla tutela, la vocazione ad essa, i motivi di scusa, valgono in generale anche per la *cura furiosi.* Ma il curatore del pazzo, ripetiamo, agisce solo e sempre come *negotiorum gestor;* onde tra lui e il furioso corrono solo le azioni *negotiorum gestorum, directa* e *contraria,* intentabili anche durante

[1] Nelle preistoriche il *furiosus* era un invasato da mali spiriti.
[2] Nel secondo secolo dell'impero la cura testamentaria avea luogo, anche esistendo agnati.

la cura, e non l'*actio tutelae*.[1] Pari fu sempre, sia per l'ampiezza originaria che per le progressive restrizioni, la facoltà di disposizione circa i beni propria del curatore a quella propria del tutore[2] e pari furono le responsabilità e le garanzie relative.

Nel diritto giustinianeo la cura legittima è scomparsa.

La cura del furioso finisce per le stesse circostanze per le quali finisce la tutela, salvo a stare in luogo del raggiungimento della pubertà la guarigione dalla demenza. Questa guarigione non ha bisogno di essere constatata dall'autorità pubblica. Il demente cessa di essere sotto cura per il solo fatto che risana. Onde se era soggetto a lucidi intervalli, la cura cessava durante il lucido intervallo, per poi ricominciare. Solo Giustiniano prescrisse che nei lucidi intervalli la cura continuasse e non se ne sospendesse che l'esercizio.

Cura prodigi. Le XII tavole introdussero anche una cura del prodigo che deferivano agli agnati e ai gentili. S'iniziava dopo che il magistrato avesse constatata la prodigalità e tolto in conseguenza al prodigo l'*ius commercii* rispetto ai beni, di cui diremo, mediante *interdictio*, cioè un provvedimento di polizia emanato su richiesta di parte. Dalla formula tramandataci dell'interdizione[3] risulta che il magistrato non interdiceva se non chi disperdeva i beni paterni ed aviti, ricevuti cioè ab intestato come *heres suus*

---

[1] Alcuni giuristi davano l'*actio negotiorum gestorum* in questo caso come diretta, altri come utile. I compilatori giustinianei, i quali tra la tutela e la cura trovavano correre oramai differenze poco notevoli, intesero che l'azione dalla cura fosse modellata sull'*actio tutelae* e la chiamarono *utilis negotiorum gestorum actio*, cui accoppiarono all'*actio tutelae*.

[2] Alcuno desume dalla parola *pecunia* usata nella citata norma delle XII tavole che il curatore non potesse alienare *res mancipi*. Noi riteniamo che quanto a codesta facoltà non sia esistita differenza fra tutore e curatore. Allorchè l'alienabilità delle *res mancipi* fu ammessa, poterono essere alienate così dal tutore che dal curatore; mentre prima erano inalienabili da entrambi. Sembra però che la facoltà di alienarle competesse soltanto al curatore legittimo. Gaio, 2, 64.

[3] Se il testo non è guasto, diceva: *quando tibi bona paterna avitaque* (i beni paterni ed aviti che ti spettano) *nequitia tua* (tradurrei letteralmente: per la tua impotenza) *disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico.*

dal padre o dall'avo paterno, onde non interdiceva mai nè liberti, nè figli emancipati, come quelli che non poteano avere beni simili e che l'interdizione avea luogo soltanto se il prodigo avesse figli. In forza della sottrazione dell'*ius commercii*, il prodigo non potea alienare codesti beni, nè obbligarsi in relazione ad essi, e neppure, da quando le forme di testare si ridussero al *testamentum per aes et libram* e derivati, far testamento.[1] La gestione dei beni paterni ed aviti era affidata al curatore. Restavano invece in piena sua balìa tutti i beni pervenutigli in altro modo.

A lato alla cura legittima si pose in seguito la *honoraria* detta anche *dativa* e la *testamentaria*, questa nel senso veduto trattando della *cura furiosi*. Anche codeste cure domandavano che precedesse un decreto d'interdizione (controverso), ma il decreto era concepito diversamente dal caso prima contemplato. Sappiamo infatti che il curatore onorario o testamentario fu dato prima al liberto prodigo, per riguardo all'interesse del patrono, e all'ingenuo che disperdesse i beni ricevuti in eredità *ex testamento parentis*, poscia a chiunque disperdesse qualunque categoria di beni; in tutti questi casi anche fuori dell'ipotesi di esistenza di figli. Sorti questi curatori, il pretore li diede anche a chi si trovava nella cura legittima per tutti i beni di cui non gli era interdetto il commercio. Così che la cura onoraria o testamentaria integrava sempre la legittima, benchè potesse essere affidata allo stesso curatore legittimo. Forse l'estensione della *cura prodigi* oltre le ipotesi della legittima fu fondata sopra una parificazione del prodigo al pazzo; ma dalla parificazione non si trassero tutte le sue logiche conseguenze. Certo si è che nell'età classica troviamo regolata l'incapacità del prodigo in base al principio che egli, salvo a restare obbligato dai suoi delitti e a poter adire l'eredità, può con atto proprio far migliore la propria condizione, ma non peggiore.[2]

[1] Ciò perchè codesto testamento era formalmente una *mancipatio*.

[2] Esiste antinomia nelle fonti circa il punto se possa aver debiti naturali; v. l. 6, D. 45. 1 e l. 25, D. 46, 1, interpolata.

La cura del prodigo cessava probabilmente in forza di un atto del magistrato, che togliea di mezzo l'interdizione. In tutto il resto questo caso di cura segue le norme esposte rispetto alla cura del furioso.[1] La *cura prodigi* nel diritto giustinianeo si presenta sempre per dativa.[2]

Cura minorum. Una legge *Plaetoria* (tra il 560 e il 563 d. R.), pur mantenendo il principio che i maschi che aveano raggiunto la pubertà erano pienamente capaci di agire e pienamente responsabili,[3] credette tuttavia di dover difenderli se erano minori di 25 anni dai raggiri dei contraenti con essi, a cui li esponeva la loro inesperienza, stabilendo che il raggiro di un minore di 25 anni fosse punito, come delitto pubblico, di una pena pubblica e, come insieme delitto privato, di una pena privata perseguibile con un' azione (*legis Plaetoriae*) data anche nossalmente, e consistente forse (i testi tacciono su questo punto) nel dover l'autore del raggiro rendere ciò che avea ricevuto o un suo multiplo. La stessa legge permise da ultimo al pretore di dare un curatore al minore in due casi: di leggerezza (*lascivia*) e di deficienza mentale (*dementia*). Il minore non era tuttavia costretto a ricevere il curatore contro la sua volontà. Si disputa se il curatore fosse dato per ogni affare o via via per i singoli affari. L' indole delle cure che abbiamo prima contemplate, e la considerazione che i vizi per cui

---

[1] V'ha però chi sostiene che il prodigo potesse compiere personalmente anche gli atti a lui dannosi, purchè il curatore prestasse il suo consenso. Le ipotesi di questa capacità variano da scrittore a scrittore.

[2] Abbiamo seguito nell'esposizione l'opinione comune. Diverge quella dell'AUDIBERT, *Folie et prodigalité*, secondo il quale sarebbero esistite due curatele del prodigo, la legittima fondata sulla mera ipotesi della prodigalità e che presupponeva l'interdizione, e l'*honoraria* che non domandava l'interdizione del magistrato, e che era inoltre costituita movendo da una parificazione del prodigo al pazzo. Le due curatele sarebbero state diversamente trattate fino a Giustiniano, il quale avrebbe fuso i due istituti. L'opinione ha trovato scarso seguito.

[3] Le donne in quest'epoca, giova ricordarlo, erano sempre sotto tutela.

si dava al minore un curatore creano un' incapacità generale agli affari, ci fanno propendere per la prima ipotesi.[1] Il curatore benchè dato *ex lege Plaetoria* è un curatore *honorarius*.

Questo sistema di difesa fu progressivamente integrato dal pretore. Questi infatti, venuto il sistema formulare, prima introdusse una *exceptio* (*legis Plaetoriae*) a favore del minore contro la domanda di chi lo avea raggirato; poscia accordò, *causa cognita,* ai minori che fossero stati danneggiati da un loro affare, fossero o no stati raggirati, lo avessero o no fatto coll'assistenza del curatore, una *in integrum restitutio propter minorem aetatem,* purchè fosse chiesta dentro un anno utile dalla conclusione dell' affare. S' intende che, quantunque la presenza di un curatore non togliesse di mezzo assolutamente nessuno dei rimedi veduti, tuttavia era assai meno facile che chi avea trattato col minore fosse esposto ad essi, se all' atto avea assistito il curatore. Quindi venne in uso che chiunque trattava con un minore volesse a sua garanzia di fatto che egli si procurasse un curatore. Si cominciò anzi coll' accordare a chi volea muovere un processo ad un minore il diritto di esigere che fosse nominato per questo caso al minore un curatore speciale. Poscia questa facoltà si estese ad altre ipotesi in cui alcuno fosse costretto a trattare col minore, ad esempio a quella di un tutore che dovesse rendere i conti della tutela.[2]

Durante l' impero l' istituto della *cura minorum* si amplia ulteriormente. Anzitutto, abolita la tutela legittima delle donne, anche le donne puberi ma minori di 25 anni possono ottenere un curatore. Il curatore che non potea essere dato che per *lascivia* o *dementia,* può essere dato ogni qualvolta sembri al magistrato opportuno anche per altri motivi. Ciò, come ci vien detto, a partire da Marco Aurelio. Il curatore può essere ora dato d' ufficio,

---

[1] La seconda opinione invoca per sè la frase *non redditis causis* che riferisce agli affari, e non alla *lascivia* e *dementia.*

[2] Dove il minore come tale abbia un curatore vien meno la cura *furiosi* o *prodigi.*

pur contro il volere del minore, se nominato dal padre in testamento. Normalmente vien dato su istanza del minore o di chi per lui, ma l'istanza è obbligatoria.

La posizione del curatore fu sempre più parificata a quella di un tutore. Anch'egli agisce come *negotiorum gestor* nei limiti posti successivamente ai tutori, e anch'egli dà la sua approvazione agli atti del minore. Siccome però egli è un curatore e non un tutore, così questa approvazione non è *auctoritatis interpositio*, ma prestazione di consenso e quindi non occorre che segua al momento della conclusione dell'affare, ma può essere anche data prima o dopo, e in qualunque modo così cioè di presenza che per nunzio o per lettera.

In seguito allo sviluppo sin qui descritto nel terzo secolo dell'impero doveano trovarsi ben pochi minori senza curatori. Ma ancora la cura non toglieva di mezzo la capacità del minore. Quest'ultimo passo fu fatto verso il tempo di Diocleziano. Questo imperatore ci attesta che il minore che ha un curatore è parificato al prodigo nel senso che può rendere cogli atti propri migliore la propria condizione, non peggiore. Malgrado questa parificazione, rimase in vigore l'*in integrum restitutio propter minorem aetatem* sia pel caso che il minore non avesse che per quello in cui avesse un curatore. Essa lo difende nella seconda ipotesi dalla mala gestione di questo. Giustiniano estese il termine in cui si potea chiederla a quattro anni continui.

L'eccessivo prolungamento dell'incapacità personale prodotto da queste norme trovò il suo correttivo nella *venia aetatis*, ossia nella facoltà accordata ai minori di impetrare dal principe di essere dichiarati pienamente capaci. La concessione era fatta prima ad arbitrio del principe qualunque età avesse il minore. Costantino fissò un *minimum* di età, che fu di 20 anni per i maschi, 18 per le femmine. Non si accordava la *venia aetatis* che quando fossero provati i *boni mores*, la *probitas animi*, la *mentis sollertia* del minore. Chi la avea ottenuta rimaneva tuttavia sempre incapace di donare e a partire da Giustiniano di alienare i beni che neppure i tutori poteano alienare.

Cura debilium. Durante l'impero poteva essere dato un curatore ai *debiles,* cioè alle persone *qui in ea causa sunt ut superesse rebus suis non possint.*[1] Erano specialmente sordi, muti, persone afflitte da malattia cronica (*qui perpetuo morbo laborant*),[2] o da alcuno dei vizi di mente già accennati per cui non si entra nella categoria dei furiosi. Il curatore era dato al debole o dietro sua domanda o anche d'ufficio dal magistrato. I suoi poteri sono gli stessi dei curatori del furioso e del prodigo. Siccome però, tolto il caso di vizio mentale, la debolezza lascia intatte le forze dell'intelligenza, così i deboli, non deficienti, restano giuridicamente pienamente capaci.

Cura ventris. Quando un nascituro (*venter*) fosse chiamato ad una successione ereditaria, il pretore lo immetteva nella possessione dei beni, immettendo in essa la donna incinta. Questa soleva allora chiedere un curatore non solo ai beni, ma anche al nascituro. Di solito il curatore era uno solo per quelli e per questo. Sopra istanza tuttavia dei creditori ereditari le due cure poteano essere separate. Il curatore del nascituro, come tale, non ha che da vegliare a che non avvengano supposizioni di parto e da somministrare alla donna, a carico del patrimonio in cui il nascituro può succedere, gli alimenti, ossia il cibo, la bevanda, le vesti e l'alloggio, in genere *ea sola, sine quibus fetus sustineri et ad partum usque produci non possit.*[3] Gli alimenti vanno prestati in proporzione delle facoltà del defunto, della dignità sua e della donna.

Cura bonorum. In moltissimi casi usava nominare un *curator bonorum,* cioè di una sostanza. Tali casi sono ad esempio l'assenza di un cittadino, la sua prigionia, la giacenza di una eredità, il fallimento. Il curatore dei beni di solito non ha l'amministrazione dei beni stessi, ma la mera custodia. A lui resta commessa la vendita solo delle cose che altrimenti andrebbero deteriorate.

---

[1] L. 12, pr., D. 26, 5.
[2] § 4. I., 1, 23.
[3] L. 1, § 19, D. 37, 9.

Cura di chi è in tutela. La tutela non può essere, come si vide, costituita per un dato affare. Tuttavia il diritto antico permetteva che un atto, il quale non poteva essere compiuto dal tutore, fosse compiuto in suo luogo da un'altra persona, nominata dal pretore, la quale portava pure il nome di tutore, per adempier essa una funzione implicita nella tutela. Si dava ad esempio certamente un simile tutore, se dovea aver luogo una *legis actio* fra il tutore e il pupillo, onde quegli prestasse quell'*auctoritas* cui il tutore in carica non potea prestare senza farsi *auctor in rem suam*. Esso prendeva in questo caso il nome di *tutor praetorius*. Abolite le *legis actiones*, i giurisperiti discuteano se in questa ipotesi era ancora necessaria la nomina di un *tutor praetorius*, quando si agisse tra tutore e tutelato *legitimo iudicio*, o se non lo era più in nessun genere di giudizio.[1] Fuori dell'ipotesi veduta i tutori per singoli affari si diceano *speciales* o *temporarii* e si davano normalmente nel caso di rimozione per incapacità, di assenza o d'impedimento del tutore, quando si trattasse di atti, per cui un curatore è incompetente, quale è ad esempio l'adizione di eredità. Altrimenti usava dare un curatore.[2] Nell'ultimo diritto si dà sempre in tutte le ipotesi, in cui prima si dava un tutore pretorio o speciale, un curatore. Potevano anche aggiungersi curatori ai tutori dove il patrimonio pupillare fosse vasto.

§ 64. — Infamia.[3]

La legge delle XII tavole diceva: *inprobus intestabilisque esto* di chi, avendo fatto testimonianza o essendo stato libripende, si rifiutava di affermare i fatti, dei quali

[1] Gaio, 1, 184.

[2] Affine alla cura di chi è in tutela è la cura del figlio di famiglia. Questa s'incontra nel diritto nuovo, per il caso veduto che fosse sottratta al padre l'amministrazione dei beni avventizi del figlio. L'amministrazione stessa era allora affidata ad un curatore. Così pure era dato un curatore al patrimonio di figli minori di coniugi divorziati consensualmente ed entrambi pervertiti.

[3] Dell'infamia si potrebbe fare a meno di discorrere nei trattati di diritto privato romano, per non parlare che della intestabi-

era stato testimonio. La legge non comminava col termine *inprobus*, come si ritiene comunemente, una qualificazione di malvagità, ma una pena: l'impossibilità di fare o ricevere prova; mentre col termine *intestabilis* indicava il modo concreto della pena e consisteva nel non poter più fare nè ricevere testimonianza; grave castigo in tempo in cui i più importanti atti giuridici si compivano per mezzo di testimoni.[1] L'intestabilità non ha dunque nulla a che fare coll'onore.[2]

Diverso è il caso rispetto a certe altre norme.

Roma esigeva che i suoi cittadini si diportassero in conformità non solo ai precetti del diritto, ma a quelli della morale e dell'onore romano, se voleano godere della pubblica estimazione.[3]

L'estimazione si consumava o era menomata. Si consumava originariamente, come patrimonio proprio dei soli cittadini, perchè solo essi eran tenuti dai precetti descritti, in ogni ipotesi di perdita della cittadinanza congiunta o meno colla perdita della libertà. Alloraquando

---

lità, perchè, pur dove i suoi effetti si presentano, nel diritto classico, come di diritto privato, sono in realtà, tolto uno, sostanzialmente pubblicistici. Se tuttavia seguo la tradizione, è soltanto perchè nelle fonti di diritto privato si discorre così spesso di persone ignominiose e di azioni famose, che è opportuno che la teoria della diminuzione dell'onore sia nota ai cultori del diritto privato.

[1] *Inprobus intestabilisque* per noi sono uno dei soliti binomii molto in uso nella scienza del diritto come *aequius melius, pactum conventum, ruta caesa, bonum et aequum*, ecc. con cui in sostanza si indica una sola e stessa cosa. Dei due termini del binomio prevalse nell'uso il secondo. Si parla sempre infatti di *intestabiles* e mai di *inprobi*. Che *inprobus* non possa significare *malvagio* risulta, non fosse altro, dal fatto che la legge ordinerebbe di essere malvagi: *inprobus.... esto!*

[2] Essa fu poi comminata in altri casi da altre leggi.

[3] Nella l. 5, § 1, D. 50, 13, l'estimazione ci è definita come: *dignitatis illesae status legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut minuitur aut consumitur*. Il testo è interpolato: *legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum* non può essere classico. Così si chiamerebbe *lex* l'editto pretorio. Inoltre *comprobatus* è qui usato nel senso in cui solo i Bizantini usano il termine *comprobare*. Sulla relazione più precisa della definizione con una anzichè altra forma di onore v. *Bullettino dell'istituto di diritto romano*, XV, pag. 89.

però anche la mera libertà fu considerata come una condizione giuridica a sè, disgiuntamente dalla cittadinanza, la consumazione dell'estimazione, rimanendo unita alla perdita della libertà, non fu più unita a quella della sola cittadinanza, che se la perdita stessa avveniva per pena.

Fuori di questo caso si avea sempre mera diminuzione della pubblica stima, qualunque fosse la trasgressione di cui il cittadino si rendesse colpevole.

Codesta diminuzione divenne ora nell'età repubblicana causa di certe degradazioni giuridiche delle persone, degradazioni che riuscivano a loro volta constatazioni ufficiali della diminuzione stessa.

Istituita infatti la censura ed attribuita ai censori la *cura morum*, essi ebbero facoltà, redigendo le liste del censo, di escludere dal senato il senatore, dall'ordine dei cavalieri il cavaliere, da ogni tribù o da una tribù onorifica, per porlo in una meno considerata, il semplice cittadino, che per la loro mala condotta si rendessero indegni di rimanervi. I censori notavano nelle nuove liste il motivo dell'esclusione (*nota censoria*), il quale non era determinato da leggi, ma rimesso al loro prudente arbitrio. In generale si può dire che essi infliggessero la *nota* per ogni grave mancanza al costume romano. Col nuovo lustro la *nota* perdeva il suo valore. Chi ne era colpito era dalla pubblica opinione considerato *ignominiosus*.

Un potere affine a quello dei censori avea il presidente di una elezione, normalmente il console, in quanto anch'egli di suo arbitrio potea rifiutarsi di inscrivere nella lista dei candidati chi gliene paresse per ragioni morali immeritevole.

Finalmente alcune leggi (principalmente la legge *Iulia municipalis*) esclusero dall'occupare certe cariche amministrative e il pretore dal postulare per altri, dal presentare un'azione popolare, dall'agire innanzi a lui per conto d'altri o per mezzo d'altri le persone colpevoli di certi fatti disonoranti, enumerati nelle leggi accennate o nell'editto. Alla comminazione dell'incapacità non precedeva quella di una condanna morale. Si lasciava pur qui, come nel caso della *nota censoria*, alla voce pubblica di pro-

nunciarla. E infatti anche codeste persone erano comunemente chiamate *ignominiosae*.

Giustiniano, riprodotto, salvo qualche omissione od aggiunta, l'elenco dei fatti che secondo le fonti di diritto menzionate producevano gli effetti esposti, mantenne in generale questi, ma vi aggiunse una condanna morale, qualificando i colpevoli per *infames*. La categoria dell'*infamia* non sorge adunque che colla legislazione giustinianea e soltanto rispetto a questa si può quindi esporne la teoria.

L'infamia è, per quanto già si disse, non la consumazione, ma la diminuzione dell'onore.

Questa diminuzione può accadere o in conseguenza di una condanna per certe azioni o immediatamente per aver commesso certe azioni. Gli interpreti oppongono i due casi parlando di *infamia mediata* nel primo, di *infamia immediata* nel secondo.

L'infamia mediata colpisce: *a*) i condannati in un giudizio criminale stabilito da una legge; *b*) i condannati in un processo sia civile che criminale *extra ordinem* per usura, *furtum, rapina, iniuria, dolus, sepulchri violatio;* avea il medesimo effetto della condanna lo sfuggirvi accomodandosi per danaro coll'offeso; *c*) chi è in nome proprio (e non come rappresentante) condannato in un giudizio civile per fatti contrari alla fede. Le azioni promosse per simili fatti si diceano *actiones famosae* e sono: le azioni dirette (non le contrarie) *depositi, tutelae, pro socio, mandati.*[1] Solo eccezionalmente quando avesse mancato alla fede il mandante, e questi fosse stato condannato, diveniva anch'egli infame.[2] L'infamia immediata colpisce: *a*) i soldati licenziati con *missio inhonesta; b*) chi offende gravemente la moralità nei rapporti matrimoniali o sponsalizii; a questo titolo sono infami la vedova che non rispetta l'anno di lutto, i rei di bigamia, di doppi sponsali, e la donna colta in flagrante adulterio; *c*) il tutore rimosso come sospetto o che prende o fa prendere al

[1] Nel d. antegiustinianeo era tale anche l'*actio fiduciae*.

[2] Nel d. antegiustinianeo era colpito dall'editto anche chi era stato condannato per *circumventio minorum*.

proprio figlio in moglie la pupilla prima della resa dei conti; *d*) certi spergiuri e falsi delatori; *e*) chi esercita come professione la prostituzione, il lenocinio, la sodomia passiva, o fa il lottatore colle fiere o il commediante.[1]

Gli effetti dell'infamia sono l'incapacità di *postulare* o di stare in giudizio per altri, tolti certi casi, di presentare un'azione popolare, la privazione dell'*ius honorum* e *suffragii* e quindi dell'eleggibilità a senatore o decurione. L'infame ancora, nominato erede, è esposto alla querela *inofficiosi testamenti* dei fratelli e sorelle consanguinei del defunto. Certi infami non possono far testimonianza.

L'infamia dura per tutta la vita. Un tempo il pretore avea facoltà di restituire in integro le persone colpite dall'editto. Nel diritto nuovo la facoltà di togliere l'infamia spetta soltanto al principe o al senato. Va da sè che nei casi ordinari di *in integrum restitutio*, se per questa è tolta la condanna, è tolta anche l'infamia.

L'infamia qui descritta è la sola infamia regolata nelle cause e nelle conseguenze dal diritto. Gli interpreti la chiamano perciò *infamia iuris*, in antitesi ad un'altra condizione di scarsa stima pubblica non regolata dalla legge nelle cause e solo in parte nelle conseguenze, cui chiamano *infamia facti*, e le fonti di solito *turpitudo*. Questa è connessa dall'opinione pubblica in genere a tutti quei fatti per i quali una persona scade nella considerazione sociale. Se lo scadimento dipende anzi che da cattivo giudizio della moralità della persona, dal disprezzo per il mestiere che esercita, del resto in sè compatibile coll'onestà personale, la *turpitudo* prende il nome speciale di *levis notae macula*. I mestieri considerati dai romani degradanti erano quelli di guardie doganali (*stationarii*), di gridatori pubblici (*praecones*), di mercanti

---

[1] Nel d. antegiustinianeo erano colpiti d'ignominia anche il debitore che si dichiarava insolvente o faceva un concordato coi creditori, o sui beni del quale la *missio in bona*, ottenuta dai creditori, durava più di trenta giorni; tutte le persone di sesso femminile che non piangevano per il tempo dovuto i loro genitori, i figli e il consorte; gli *auctorati* e i *lanistae*.

girovaghi (*circitores*), di apprestatori di pompe funebri (*libitinarii*).

Entrambe le forme di *turpitudo* hanno per effetto di produrre un' incapacità a tutte quelle situazioni giuridiche che, considerate in sè o in relazione alle persone contro le quali si volgerebbero, appaiono incompatibili con una condizione di scarsa stima pubblica di chi altrimenti ne sarebbe il titolare. Una piena enumerazione di codeste incapacità è quindi altrettanto impossibile quanto lo è una piena enumerazione dei casi di *turpitudo*. Ci basterà avvertire quindi che il turpe si trova spesso trattato alla pari di un infame; così ad es. anch' esso è incapace di fare testimonianza, di occupare cariche pubbliche, e si trova esposto alla *querela inofficiosi testamenti* per parte delle persone menzionate trattando degli infami. Se inoltre una persona turpe sia nominata tutore insieme ad altre reputate, non è preferita a queste, benchè essa offra di dar cauzione e queste no. Nè può chi è turpe intentare un' azione infamante contro persona stimata.

La *turpitudo* cessa colla riabilitazione sociale dove questa sia possibile. Il prodigo ad esempio diventerà stimabile correggendosi del vizio della prodigalità; e chi esercita un mestiere degradante col cessare di esercitarlo.

La *superior dignitas*, di cui godevano certi alti ufficiali dello Stato, è importante solo in linea di diritto pubblico.

§ 65. — *Addicti, auctorati.*

Sono due casi di restrizione della libertà personale di un libero a favore di un privato congiunti per le origini alla vita statuale l' uno in età remota, l'altro poichè vennero in uso i giochi gladiatorii, e che a torto si collocano consuetamente assieme a quelli contemplati al § 14.

I giudicati, ai quali equivalevano i confessi, in un giudizio privato, durante la procedura per *legis actiones* erano esposti alla procedura esecutiva personale. Questa si iniziava colla *l. a. per manus iniectionem*, in seguito alla quale il pretore *addicebat* il convenuto al creditore, ap-

provava cioè l'istanza di questo di trarlo nel suo carcere privato.[1] Durante la detenzione l'*addictus* poteva essere costretto a lavorare come un servo. Contro chi lo sottraesse il creditore godeva dell'*actio furti.* Come appare qui non si ha che un caso di arresto per debiti di un insolvente, il quale resta tuttavia un libero ed un cittadino.

Abolita la *l. a. per manus iniectionem* insieme alle altre *legis actiones,* i giudicati insolventi continuarono ad essere *addicti* in seguito all'*actio iudicati* e ad essere quindi tratti nel carcere privato del creditore. La condizione di *addictus* cessò soltanto allorchè nel 388 d. C. si ordinò che fossero tratti nelle carceri pubbliche.[2]

Auctoratus diceasi chi avea locato ad un impresario (*lanista*) le proprie opere come gladiatore. Secondo un senatusconsulto del 176-77 d. C. si entrava in codesta condizione con una spontanea dichiarazione fatta dinanzi a un tribuno della plebe di darsi a codesto mestiere. L'*auctoratus* giurava di lasciarsi *uri, vinciri, necari.* Se era sottratto al lanista, questi godeva dell'*actio furti.* Quando Costantino interdisse i giochi dei gladiatori, la figura dell'*auctoratus* scomparve.

§ 66. — **Religione.**

La tolleranza religiosa era per i Romani una necessità derivante dall'indole stessa della loro religione.[3] La pro-

---

[1] Esporremo maggiori particolari sulla condizione dell'*addictus,* trattando della procedura civile romana.

[2] La condizione di *addictus* si avea anche in altri casi di esecuzione personale per via di *l. a. per manus iniectionem,* tra cui molti pongono il *nexum.* Abbiamo tuttavia creduto opportuno di descriverla in relazione alla sua causa più importante e più lungamente duratura.

[3] Nel mondo pagano le singole persone ed organizzazioni sociali, compresi tra queste gli Stati, aveano ciascuna divinità e culti propri nel senso che erano inerenti alla loro individualità. Ciò escludeva ogni spirito di propaganda religiosa. In particolare Roma non potea neppur pensare a privare non romani della loro fede per imporre loro la propria; allo stesso modo e per la stessa ragione per cui oggi nessuna città pensa a privare del suo santo protettore

fessione di fede non veniva considerata dal diritto che da un punto di vista, come oggi si direbbe, laico. Non si voleva che s'introducessero religioni e superstizioni turbatrici dell'ordine pubblico o ripugnanti alla morale ricevuta. Per questo si punivano normalmente colla morte o colla deportazione gli apostoli di nuove religioni eccitatrici degli animi, gli indovini e sia i liberi che i servi, i quali li interrogassero sulla salute rispettivamente del principe o del padrone.[1] In generale il pensiero romano rispetto alla religione è bene espresso da Diocleziano quando rimprovera ai manichei non già d'insegnare una religione falsa, ma di *innocentioris naturae homines, Romanam gentem modestam atque tranquillam, et universum orbem nostrum veluti venenis anguis malivoli inficere.*[2] Particolarmente ripugnante riusciva alla morale romana la circoncisione; era perciò punito, durante l'impero, di relegazione perpetua il cittadino che si faceva circoncidere; di morte il medico che lo avea circonciso. Deportati od uccisi erano anche gli ebrei che circoncidevano i loro servi d'altra nazione.[3]

Quanto si è detto sulla tolleranza religiosa di Roma spiega perchè le persecuzioni dei cristiani ebbero sempre un movente non religioso, ma politico.[4] È noto l'insuc-

---

un'altra per farle accettare come santo protettore il proprio. Il cittadino poi avea adempiuto a tutti i doveri di una religione, che non imponeva a chi la seguiva nè dogmi, nè morale, quando avesse compiuto i riti del culto. Se offendeva in qualunque modo la divinità, facea parte della religione stessa il principio: *deorum iniuriae diis curae,* il quale escludeva qualunque intervento punitivo dello Stato.

[1] Paolo, 5, 21.

[2] Coll. XV, 4.

[3] Paul., 5, 22, 3-4.

[4] Cristiani ed ebrei cadevano sotto la considerazione delle autorità pubbliche sino dentro l'età dei Severi per il loro rifiuto a partecipare al culto dell'imperatore; delitto di lesa maestà, quindi politico e per tale punito. Eccezionalmente i cristiani erano puniti, in base a norme comuni che valeano e si applicavano anche ai seguaci di altri culti, come esercenti arti magiche, o appartenenti a *collegia illicita*, o eccitatori di turbamenti civili. Si prestò del resto scarsa attenzione alla nuova fede per tutto il tempo (e va sino alla metà del terzo secolo dell'impero) in cui essa non intaccò le alte classi sociali, nè l'esercito. Poi che questo avvenne, lo Stato

cesso loro e come si chiusero cogli editti di tolleranza di Costantino, che assicuravano libertà di culto ad entrambe le religioni contendenti: la pagana e la cristiana. Ma la chiesa trionfante non si appagò di questo. Essa chiese l'aiuto dello Stato per la soppressione dell'antica fede. E lo ottenne, specialmente a partire da Teodosio il Grande, volonteroso ed intero. Alle persecuzioni contro i pagani si unirono quelle contro i giudei e contro i cristiani non ortodossi, che non seguivano cioè i principii stabiliti dai concilii ecumenici di Nicea, Costantinopoli, Efeso e Calcedonia. Nel diritto giustinianeo il nuovo spirito d'intolleranza si manifesta in numerose disposizioni che sanciscono varie incapacità a danno degli acattolici.

a) I meno maltrattati sono i seguaci delle antiche religioni. I pagani e i giudei di nascita non sono ammessi agli uffici e alle dignità in genere; si permette loro soltanto di essere decurioni, del quale ufficio si concede però loro l'*onus,* non i privilegi e gli onori. Nè gli uni, nè gli altri possono avere schiavi cristiani. Ai giudei si vieta inoltre di unirsi in matrimonio con cristiani. Li si costringe infine a vivere non secondo il diritto romano, ma il diritto mosaico;

b) Gli apostati[1] si vogliono sempre ricercati e in qualunque tempo colpiti. A questo fine la legge suscita l'interesse dei singoli alla constatazione dell'apostasia, ordinando che i rei di essa non possano testare, nè donare. La loro eredità va devoluta sempre agli eredi intestati;

c) Gli eretici, cioè i cristiani che non seguono le massime dei quattro concilii accennati, sono pure esclusi dalle cariche, salvo che dal decurionato. Non possono ricevere eredità o legati; nè donare o far legati che a cre-

---

ebbe timore di una religione che, per togliere l'occasione di compiere atti d'idolatria, teneva le persone lontane dal servizio militare e civile. Allora solo la perseguitò, normalmente nelle persone dei capi e funzionari delle singole comunità ecclesiastiche, come fosse una colpa il professarla; ma ancora la colpa consisteva non nel professare una religione diversa dalla romana, ma nel professare una religione nemica allo Stato.

[1] Sia al giudaismo che al paganesimo.

denti. La loro eredità è devoluta al fisco. Le donne eretiche non godono dei *privilegia dotis* e devono dotare le loro figlie ortodosse;

d) Prescrizioni più gravi colpiscono i seguaci di certe sètte. Valgano per modello delle enormezze a cui giunse il diritto le norme sui manichei. Questi non devono secondo il legislatore aver nulla in comune *moribus*, nè *legibus* cogli altri. L'essere manicheo è un delitto pubblico. Il manicheo non può ricevere nulla per testamento, nè per donazione. Non può donare, nè comprare, nè vendere, nè far alcun altro contratto; nè prendere disposizioni d'ultima volontà. I suoi servi non sono passibili di pena, se lasciato il padrone sacrilego *ad Ecclesiam Catholicam servitio fideliore transierint.*[1]

§ 67. — Il colonato.

Colono è chi è gravato dall'obbligo perpetuo di coltivare un determinato fondo. In questa condizione poteano trovarsi così liberi che schiavi. La prima testimonianza certa dell'esistenza del colonato e che ne suppone avvenuta la regolarizzazione è del 332 d. C.[2] Sorse e si svolse adunque nel terzo secolo dell'impero, ed evidentemente si connette per la tendenza a tutti gli altri istituti del tardo impero, mediante i quali, spente le iniziative individuali e decaduta la pubblica economia, lo Stato provvide ad assicurare alla società i servigi di cui ha maggiore bisogno, col vincolare perpetuamente ed ereditariamente un ingente numero di persone a certi mestieri e professioni. Col colonato si mirava ad assicurare alla società la coltivazione del suolo, onde a sua volta fosse assicurato allo Stato il pagamento del tributo fondiario.

I coloni[3] sono insieme legati al mestiere di agricoltore e ad un fondo. Sono perciò detti *membra terrae.* Il pa-

---

[1] L. 4, C. *de her.*, 1, 5.

[2] L. 1, C. Th., 5, 9.

[3] Dei nomi vari con cui si designa la classe dei coloni, giova spiegare l'origine solo dei due più comuni. *Colonus* era ab antico il

drone del fondo, che come tale è detto *posscssor*, e come padrone dei relativi coloni, *dominus, patronus*, non potea distaccarli dal fondo a cui erano addetti; egli non avea altra facoltà che di scambiare un colono proprio con quello di un altro padrone o di trasportar un colono da un fondo proprio in cui i coloni abbondavano in un altro fondo proprio in cui scarseggiavano. La disciplina del padrone sui coloni era così estesa quanto quella sui servi; poteva infatti punirli con pene corporali e metterli ai ceppi, se tentavano di fuggire. Potea anche rivendicarli, così se fuggivano il fondo, e insieme la professione, come se fuggivano il fondo, per essere coloni in un altro. Esigeva da essi, normalmente in natura (*in specicbus*), straordinariamente in danaro, un canone. Se lo elevava oltre la misura usata, il colono avea azione contro di lui. Il colono libero potea muovere accusa pubblica contro il padrone per ingiuria a sè o ai suoi. Altri casi d'azione tra padrone e colono non erano ammessi. Giustiniano vietò il matrimonio tra una donna libera e un colono non suo. Il patrimonio che il colono avesse non potea essere da lui alienato senza averne avuto il permesso del padrone, tolto il caso che fosse divenuto colono per prescrizione trentennale.

Si nasce coloni o si diventa coloni.

Si nasce coloni nascendo non solo da madre colona, ma anche, per disposizione più grave di quella che vale per la servitù, da padre colono. Giustiniano,[1] volendo uniformare su questo punto il colonato alle norme proprie della servitù, dichiarò libero dal colonato chi nasceva da madre non colona benchè il padre fosse colono; ma la riforma ebbe brevissima durata. Chi ha per colona la madre avea sino a Giustiniano per colono il figlio suo da chiunque procreato, a meno che non fosse pro-

---

nome dei conduttori di fondi rustici. *Adscripticii* si dicono i coloni perchè, quando i padroni si assunsero di pagare la *capitatio plebeia* per loro, nelle liste dei contribuenti si inscriveva il nome loro dietro a quello delle *possessiones* e dei *possessores*, come accessioni del fondo.

[1] L. 24, C. 11, 47; Nov. 54.

creato da un colono di un diverso proprietario, nel qual caso il figlio era nel patronato di questo. Giustiniano prescrisse in quest'ultima ipotesi la divisione per metà dei figli tra i due padroni. Se i figli erano in numero dispari, la metà più uno spettava al padrone della madre.

Si diviene coloni: *a*) Per prescrizione. Mentre non si diviene col tempo di liberi servi, chi vive invece per trent'anni come colono diviene colono; *b*) Per dichiarazione. Il padrone di un servo può farlo inscrivere come colono. Ancora, mentre nessuno può validamente rinunciare alla libertà per divenire servo, sembra che si divenisse coloni dichiarando in atti di voler vivere come coloni e stringendo insieme matrimonio con una persona colona; *c*) Per pena. Il mendicante libero capace di lavorare è attribuito come colono a chi lo denunziava.

Dal colonato al tempo di Giustiniano non si esce che divenendo vescovi o passando dalla servitù della gleba a quella delle armi, essendo cioè offerti dal padrone come soldati o acquistando infine il fondo a cui si era addetti. Prima di Giustiniano se ne usciva anche vivendo per trent'anni non come coloni.

Il colonato è una forma di soggezione personale che il diritto distende egualmente sopra la libertà e la servitù, senza badare se per essa la libertà è quasi annichilita e la servitù notevolmente temperata. Ma le due condizioni perdurano e si manifestano in quanto la soprastante lo concede. La legge prima vuole che almeno sia colono, poi gli concede di essere libero o servo. Perciò quando il colono sia un servo, il suo matrimonio sarà un *contubernium;* il suo patrimonio un peculio, di cui è titolare in linea di diritto il padrone. Egli soggiacerà anche alla *dominica potestas* del padrone. Il quale però si trova frenato nel libero esercizio di essa dalle norme che gli impediscono di allontanare il colono dal fondo e dalla professione. Quando sia un libero, il suo matrimonio sarà un vero matrimonio, e dei suoi beni (detti pur essi *peculium*) egli sarà titolare giuridico. Inoltre egli avrà tutte le altre facoltà di un libero, salvo quelle

incompatibili col colonato. Le origini del colonato sono ancora discusse.[1]

§ 68. — Effetti della *capitis deminutio media*.

Chi perde la cittadinanza, conservando la libertà, diviene cittadino di un altro Stato o apolide a seconda delle cause per le quali è *capite minutus*.

Degli effetti della *c. d. m.* in ordine al matrimonio si è già parlato, trattando dello scioglimento del matrimonio.

Le potestà famigliari: *manus, patria potestas,* tutela, patronato che il *capite minutus* avesse o nelle quali fosse, sono in ogni caso sciolte; e così pure i suoi rapporti di agnazione. Conserva invece le cognazioni, senza però che queste siano mai base di un diritto di successione *ab intestato*.

Il testamento del *capite minutus* diviene invalido; può farne uno nuovo secondo le leggi del nuovo Stato, in cui è entrato; soltanto se divenga apolide, egli non

---

[1] Prevale però oramai l'opinione che il legame al suolo si sia formato prima in linea di fatto. I possessori di latifondi, e il maggior possessore simile era l'imperatore, affittavano ai coltivatori liberi o schiavi parcelle del latifondo con l'obbligo giuridico o naturale di pagare il fitto in natura normalmente, anzi *in partes*, o in danaro; oppure locavano il latifondo ad uno che poi ne sublocava le parcelle ai coltivatori nel modo anzidetto. Le cattive condizioni dell'economia rurale, e l'obbligo dei coltivatori di pagare la *capitatio plebeia*, costringevano questi a chiedere anticipazioni su pegno ai padroni per il loro sostentamento e per il pagamento della *capitatio*. I padroni si videro infine indotti ad assumersi essi di fronte al fisco di pagare la *capitatio*, salvo a rivalersene sopra i coloni. Il debito legava così il coltivatore al suolo; e se questi abbandonava il fondo, non era per passare in un altro, ma per rifugiarsi nelle città ad aumentarvi la plebe cittadina non sottoposta alla *capitatio*. I padroni aveano a garanzia del loro credito per l'imposta il pegno sui frutti, a garanzia del credito per il canone il pegno sugli *invecta et illata*, e per le anticipazioni fatte il pegno su altri beni del colono. Ma il pegno non toglieva la capacità di alienare la cosa oppignorata, riducendo così in linea di fatto le garanzie dei padroni. Sorse così la necessità di stabilire che il colono non potesse alienare senza il consenso del padrone i suoi beni. Da ultimo quella anche di costringere il coltivatore al suolo.

potrà neppur fare un nuovo testamento, perchè la *testamenti factio activa* presuppone l'appartenenza ad uno Stato.

Delle attività alcune inerenti alla persona si estinguono: tali sono i diritti personali su cosa altrui,[1] l'*operarum obligatio libertinorum quae per iusiurandum contracta est* e le *lites contestatae legitimo iudicio.* Le altre si conservano col loro carattere civile, se il cittadino entra in una città, che abbia commercio con Roma. Altrimenti perdono cotesto carattere, ma sono conservate dal *capite minutus,* tolto il caso che fosse interdetto *aqua et igni* o, poi, deportato, perchè allora erano, a meno che non se ne lasciasse a lui parte in via di grazia, confiscate.

Circa i debiti va ripetuto quanto si disse trattando della *c. d. minima,* salvo che qui il pretore provvide diversamente all'interesse dei creditori. Egli infatti accordò ai creditori del *capite minutus* una *missio in possessionem* nei suoi beni colla facoltà di alienarli per soddisfarsi sul prezzo di vendita. Inoltre nel caso di confisca il pretore ammise i creditori a far valere i loro crediti contro lo Stato e ad agire con azioni utili contro il deportato a cui si fosse lasciata parte dei suoi beni.

§ 69. — Personificazione giuridica e persona giuridica.

La legge non fa che imporre o vietare agli uomini certi atti. È possibile perciò esporre tutto un ordinamento legale senza usare mai dell'idea di diritto subbiettivo e della correlativa di dovere giuridico. Queste idee si presentano quando, dato un precetto di legge, lo riferiamo ad un subbietto così da tradurlo in una condizione in cui questi è di fronte ad altri. Allora infatti questa condizione è concepita e sentita come una qualità (potestà o correlativa soggezione ad una necessità) intima del subbietto stesso e i termini di diritto e di dovere esprimono

---

[1] Ma v. quanto diciamo trattando in genere dell'estinzione di codesti diritti.

appunto non la condizione, ma questo concetto e sentimento di essa.[1] Perciò per quanto varii la condizione, i termini di diritto e di dovere restano costanti.

Ma essendo l'ordinamento legale norma della condotta umana, non possiamo riferirlo ad altri che all'uomo e il riferimento non può dare di necessità per risultato che condizioni e di riflesso diritti e doveri umani. Ne viene che dove sia necessario di riferirlo invece ad un subbietto diverso dall'uomo, per tramutarlo in diritti e doveri di questo subbietto, si è costretti a concepire il subbietto stesso antropomorficamente, ossia a dargli gli attributi essenziali dell'uomo, che sono l'intelligenza e la volontà. Noi ora diamo il nome di « personificazione giuridica » al processo che consiste nel riferire l'ordinamento legale ad un ente antropomorfico; mentre serbiamo il nome antico di « persona giuridica » all'ente antropomorfico, rispetto al quale compiamo la personificazione, riuscendo così a farne un subbietto di relazioni giuridiche al pari dell'uomo.[2]

---

[1] Così ad es. l'ordinamento legale prescrive che chi occupò una cosa di nessuno ne divenga proprietario. Io posso rendere il precetto senza usare il termine di diritto e di dovere dicendo che il diritto prescrive che gli altri si astengano dall'intervenire dalla cosa occupata e non prescrive che se ne astenga chi la occupò. Quando sorge l'idea di diritto subbiettivo? Quando suppongo avvenuta un'occupazione per parte di alcuno, riferisco a questo il precetto, così da aver l'idea di una condizione che esso fa all'occupante consistente in ciò che questi ottiene, quando vuole, di escludere gli altri dalla cosa, mentre nessuno ottiene di escluderne lui, e questa condizione concepisco come una energia del suo io. Allora solo infatti io dirò di costui che ha il diritto di disporre della cosa e di escluderne gli altri.

[2] Dove manchi la rappresentazione di un'intelligenza e di un volere ivi vien meno la personificazione giuridica e si può aver solo la metafora giuridica: questo è il caso, quando si parla di servitù competenti ad un fondo, di un'imposta dovuta dalla cosa. Si noti che l'uomo può mancare d'intelligenza e di volontà. Tuttavia, per un fenomeno facilmente spiegabile, le concezioni antropomorfiche nel campo del diritto sono formate sull'uomo capace d'intendere e di volere. Soltanto la presenza di un essere umano vieta di considerare come persona giuridica l'uomo incapace di volere e per il quale altri perciò deve volere; l'incapace però si diporta come una persona giuridica.

L'abitudine e l'utilità di convertire l'ordinamento legale obbiettivo in diritti subbiettivi e in corrispondenti doveri costringe il pensiero a ricorrere a concezioni antropomorfiche come termine di riferimento dell'ordinamento stesso, quante volte non gli riesca di convertirlo così, riferendolo ad uomini. Di qui un numero infinito di persone giuridiche.

Limitandoci a parlare delle persone giuridiche in quanto subbietti possibili di relazioni giuridiche private, scende già da quanto abbiamo detto sulla genesi mentale loro, che, se sono tutte uguali per il loro comune carattere antropomorfico, non possono che essere disuguali circa alla loro capacità di diritti e di doveri. L'ordinamento legale è ordinariamente tale da indurre a riferirlo a diverse persone giuridiche per parti variissime di estensione e di natura. Varia cioè di necessità, per esprimerci brevemente, il grado di personificazione giuridica. Noi possiamo concepire una persona giuridica tanto per attribuirle una sola delle situazioni giuridiche in che può trovarsi un uomo, come per attribuirgliene più oppure tutte.[1] E spesso una data sfera di disposizioni di legge potrà essere tradotta in diritti subbiettivi, in doveri giuridici, ora riferendola ad uomini, ora a persone giuridiche. Quando tutte le situazioni giuridiche in cui può stare un uomo siano attribuite ad una persona giuridica, allora si è raggiunto l'apice della personificazione.[2] Ma sarebbe erroneo il dire che in questo solo caso si abbia una persona giuridica; non abbiamo invece che un grado più intenso di personificazione.[3]

---

[1] Nulla vieta di pensare che un ente diverso dall'uomo si trovi ad aver tutela, patria potestà, e a vivere in matrimonio. Uno Stato può esercitare la tutela; può adottare una persona; e le concezioni antropomorfiche della divinità concedono di pensare matrimoni non solo tra dei, ma tra dei ed esseri umani. Questo dico contro il concetto comune che la persona giuridica non possa aver che diritti patrimoniali e non famigliari.

[2] Quest'apice si ha quando la legge dice di accordare ad un ente antropomorfico la personalità giuridica, dove non ponga limitazioni o queste non discendano dalle funzioni attribuite all'ente.

[3] Crediamo che le molteplici questioni intorno alle persone giuridiche si risolvano semplicemente seguendo la teoria qui esposta.

§ 70. — Le persone giuridiche romane.

La più antica persona giuridica romana è lo Stato romano, che, come appare dal suo stesso nome (*populus romanus quiritium*), era inteso come un'associazione organizzata di persone, rimanente sempre la stessa, malgrado il mutare dei suoi membri. Lo Stato è capace di ogni rapporto giuridico di cui sono capaci gli uomini, salvo il matrimonio e la patria potestà, e può compiere qualunque atto giuridico che si connetta ai rapporti di cui è capace. Potea infine sino ab antico ricevere eredità e legati.

I *municipia civium romanorum*, non essendo che trasformazioni di Stati indipendenti, ebbero sempre la stessa capacità di rapporti giuridici propria dello Stato, ma non ebbero la capacità di compiere atti giuridici se non in quanto la *lex* data da Roma ad ogni singolo municipio permettesse ai suoi magistrati di agire.[1] Nella stessa condizione furono poste le *coloniae civium romanorum*. I magistrati dei municipi o delle colonie possono ora generalmente in base alla *lex* menzionata vendere, comprare, locare, dare a precario, prendere danari a mutuo,[2] ecc. Una legge, che appartiene probabilmente all'età repubblicana e che nel 129 d. C. fu estesa alle provincie, accordò alle città in discorso la facoltà di manomettere i propri servi. Non potevano ereditare perchè come *corpus incertum* erano incapaci di compiere la *cretio;* ma un senatusconsulto permise loro nell'età imperiale di ricevere un fedecommesso universale. Se esiste comunione di di-

---

Certo non si procede di un passo ammettendo che esistano diritti senza subbietti, o ritenendo che possa essere subbietto di diritti altri che esseri umani reali o pensati. L'una teoria annichila il concetto di diritto subbiettivo; l'altra rinnega il legame genetico di codesto concetto coll'uomo.

[1] Sulla capacità di possedere dei municipi parleremo in materia di possesso.

[2] Il mutuo non tiene se i danari non sono versati nella cassa comunale.

ritto fra il testatore è la città, questa può ricevere legati. Non può invere ricevere donazioni, sia per mancanza di un magistrato competente per l'accettazione, sia perchè si voleva evitare l'*ambitus.*

Antica quanto Roma è l'istituzione dei *collegia.* Per *collegium* s'intende un'unione di persone che riceve un mandato dallo Stato o dall'autorità municipale. Per antitesi si chiamano *sodalitates* le unioni di persone prive di un simile mandato. *Sodalitates* si poterono per lungo tempo costituire liberamente per iniziativa privata, salva la facoltà del Senato di abolire le perniciose. La legge delle XII tavole permetteva come ai collegi, così alle *sodalitates* di darsi che statuto (*pactio*) volevano *dum ne quid de lege publica corrumpant.* Giuridicamente *collegia* e *sodalitates* rimasero sempre distinti in base al carattere esposto. Le *sodalitates* però si attribuirono in progresso di tempo tutte o quasi tutte il nome di *collegium,* perchè o coltivando seriamente culti ammessi o tollerati dallo Stato o fingendo di costituirsi per coltivarli, mentre aveano altri scopi, il più spesso politici, vantavano come un mandato tacito di culto ricevuto dallo Stato. Onde la legislazione stessa disponendo rispetto ad esse fu indotta a qualificarle per *collegia.*

L'originaria libertà di costituzione di sodalizi non durò. Il Senato nel 690 d. R. li soppresse tutti pochi eccettuati. Una *lex Claudia* nel 696 d. R. ripristinò la libertà antica. Cesare durante la sua dittatura abolì tutti i collegi salvo i più antichi, e le comunità giudaiche. Finalmente una legge *Julia,* emanata sotto Augusto (nel 7 d. C.?) per Roma, applicata poi all'Italia e con Traiano alle provincie, abolì novamente tutti i collegi ricostituitisi dopo Cesare, eccettuati quelli che il Senato avea mantenuti nel 690. Inoltre ordinò che nessun nuovo collegio potesse fondarsi senza ottenere dal Senato la dispensa dal divieto della legge *Julia,* dispensa che era accordata soltanto se il collegio era inoffensivo ed avea una *iusta causa,* ossia una ragione di pubblica utilità che militasse per il suo riconoscimento. Anche i collegi autorizzati divenivano illeciti se erano poi volti a scopi illeciti e po-

teano essere disciolti. Un senatusconsulto emanato sotto Augusto o Adriano sottrasse a queste norme i soli *collegia funeraticia* formati di poveri (*tenuiores*) permettendo che sorgessero senza autorizzazione. Nell'impero cristiano poterono costituirsi senza autorizzazione le singole chiese. Si considerò anche come un unico collegio la Chiesa.[1]

Non v'ha altro elemento essenziale al concetto giuridico di collegio da quello di una pluralità di persone; queste devono essere almeno tre, numero necessario a formare una maggioranza. Non si esige la perpetuità sua e dello scopo, per cui è costituito. Vero è però che la più parte dei collegi erano costituiti così da poter rinnovarsi continuamente coll'assunzione di nuovi membri in luogo degli uscenti e per scopi perpetui. In tal caso erano ordinati sull'esempio di una città: avevano uno statuto (*lex collegii*), un'assemblea generale di tutti i membri (*populus, numerus collegii*), una cassa (*arca collegii*), un consiglio d'amministrazione (*ordo collegii*), uno o più rappresentanti (*actor* o *syndicus*) per esprimere la volontà del collegio negli atti giuridici e quando il collegio stesse in giudizio.

Non tutti i collegi leciti hanno la personalità giuridica privata sia pur limitata alla facoltà di avere beni propri. I collegi dei magistrati non hanno neanche una cassa propria. I grandi collegi sacerdotali la hanno, ma è una parte della cassa dello Stato, separatane solo in linea amministrativa. I collegi sacerdotali minori ed altri pubblici divennero invece in età abbastanza remota capaci di proprietà onde hanno servi propri. Essi furono anche capaci di diritti sulla cosa altrui, di debiti e crediti e di stare in giudizio mediante il loro *actor*. La facoltà di avere servi propri trasse seco quella di manometterli e quindi anche di ereditare per diritto di patronato. Si

---

[1] Va da sè che, non ostante codeste norme, corporazioni non autorizzate esistettero in gran numero. Ma avevano esistenza di mero fatto e poteano essere a ogni momento sciolte con provvedimento amministrativo.

ammise pure che potessero ricevere legati. Fino a Giustiniano non ebbero la facoltà di ereditare per testamento che per speciale privilegio. La capacità patrimoniale dei collegi prendeva il nome di *corpus*. Del collegio che ne godeva diceasi che *habet corpus*. Era in generale, come appare, quella stessa spettante ai municipi. Il *corpus* appartenne a molti altri collegi o per concessione esplicita dello Stato o per diritto consuetudinario formatosi per via di tolleranza di una condotta tenuta dal collegio come se fosse fornito di *corpus*. Marco Aurelio soltanto accordò il *corpus* a tutti i collegi riconosciuti dallo Stato.

Sciolto il collegio, pare che si deliberasse caso per caso e non si seguisse una norma unica intorno alla destinazione del suo patrimonio, il quale si nutriva del contributo dei soci, delle largizioni fatte da chi era nominato a una carica in esso in compenso dell'onore ricevuto (*summa honoraria*), delle donazioni, dei legati, delle eredità, ecc. Verosimilmente, però, almeno nella maggioranza dei casi era devoluto alla cassa del comune.

Anche Roma ci presenta l'esempio di unioni di persone rispetto alle quali il processo di personificazione giuridica si compie per certi rispetti e non per altri. Così alle *societates* contraenti collo Stato (ad es. le *societates vectigalium publicorum, salinarum* e simili) è accordato il *corpus* nella misura richiesta dall'interesse dello Stato; mentre nel resto sono regolate come una *societas* comune. In particolare al loro disciogliersi il patrimonio si divide certamente tra i soci.

La categoria di persone giuridiche sin qui contemplate (compresa la Chiesa e le chiese) porta nella dottrina il nome comune di « corporazioni, » perchè hanno a base un complesso di persone. È a proposito delle corporazioni che troviamo espressi nelle fonti i principii, in cui si può tradurre un processo compiuto di personificazione giuridica. Basta che citiamo i seguenti testi: *universitatis sunt, non singulorum, veluti quae in civitatibus sunt theatra et stadia et similia, et si qua alia sunt communia civitatum; ideoque nec servus communis civitatis singu-*

lorum pro parte intellegitur, sed universitatis.[1] — *Idemque in ceteris servis corporum dicendum est: nec enim plurium servus videtur, sed corporis.*[2] — *Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent.*[3]

Formano una diversa categoria di persone giuridiche le così dette « fondazioni, » ossia i patrimoni destinati ad uno scopo. L'idea di raggiungere un fine mediante un patrimonio col costituire semplicemente delle persone che lo amministrino mentre si fa titolare di esso un ente antropomorfico designato coi nomi più vari, normalmente presi dallo scopo stesso al quale il patrimonio è devoluto, non balenò per lunghissimo tempo ai Romani, quantunque si trovino addentellati dell'idea di fondazione nella concezione antropomorfica che si applicava, non però costantemente e non in ogni riguardo, al fisco e all'eredità giacente.

Volendo raggiungere i fini, che si ottengono colle fondazioni, ad es. provvedere alla cura di infermi poveri, al tempo classico usava trasferire, normalmente per legato o per donazione, certi beni (fondi, somme) ad una corporazione, ma con un *modus*, con l'ordine cioè che i redditi dei beni stessi fossero dalla corporazione spesi per il fine indicato dal disponente. La corporazione dovea promettere ad un servo pubblico per via di stipulazione che, se trasgrediva l'ordine, avrebbe trasferito i beni stessi ad altra persona indicata dal benefattore. Le stesse istituzioni alimentari degli imperatori dell'epoca classica non sono che mutui fatti alle città di danari provenienti dal fisco imperiale. Le città li prestavano sotto ipoteca ai possessori di fondi. Il fisco s'incaricava di percepire gli interessi e li devolveva ad alimentare i figli di genitori poveri.

Nell'impero cristiano, per l'impulso benefico di una chiesa che si proponeva la cura dei miseri, sorgono una

---

[1] L. 6, § 1, D., 1, 8.
[2] L. 1, § 7, D., 48, 18.
[3] L. 7, § 1, D., 48, 18.

quantità di fondazioni: chiese, conventi, ospizi per gli indigenti (*ptochotrophia*), ospedali, brefotrofi, orfanotrofi, ospizi per pellegrini (*xenodochia*) e per vecchi (*gerontocomia*). Queste fondazioni sono raccolte sotto il nome di *pia corpora, piae causae.* Finchè la fondazione non era organizzata con uno statuto e colla nomina di amministratori stabili, il patrimonio era amministrato dal vescovo. Venendo a mancare lo scopo, i beni erano devoluti alla Chiesa.[1]

---

[1] Nello sviluppo della vita giuridica sono sorte infinite forme di persone giuridiche intermedie tra le fondazioni e le corporazioni, o del tutto diverse da queste. Il loro studio sta fuori dei limiti storici del presente trattato.

Libro Terzo.

LE COSE E I DIRITTI SULLE COSE.

Capo I.

CONCETTO DI COSA; DISTINZIONI FRA LE COSE; I DIRITTI REALI.

§ 71. — Concetto di cosa.

Il termine « cosa » ha un senso ristretto, ed uno lato.

Nel primo senso il concetto di cosa consta presso le società civili odierne di due elementi, negativo l'uno, positivo l'altro. L'elemento negativo si è: cosa non è l'uomo, nè alcun ente concepito antropomorficamente. La società romana ebbe invece anche degli uomini-cose, ossia ogni persona in potestà del *paterfamilias* in antico; gli schiavi sin nell'ultima età del nostro diritto. L'elemento positivo, ammesso questo pur dai Romani, si è: cosa è una porzione definita di materia.

La cosa in questo senso suol essere indicata col nome di « cosa corporale. »

Il mondo esterno non è diviso assolutamente in certe date cose. Tutte le cose sono creazioni del pensiero, in quanto consistono nella rappresentazione mentale di codesto elemento positivo e nascono, scompaiono, si scindono in più cose col formarsi, collo svanire, collo scindersi di codesta rappresentazione.[1]

[1] Un mucchio di sassi è per es. una cosa, se non ci rappresentiamo i singoli sassi che lo formano, ma invece l'unità della loro

Perchè manca la rappresentazione di una porzione, ma si ha quella di più porzioni di materia, non è ad es. una cosa ma più cose un mazzo di chiavi.[1]

Perchè manca la rappresentazione di una porzione « definita, » non sono cose un polverio, un gas, un profumo, una nebbia diffusi nello spazio, dei quali non ci rappresentiamo i confini.[2]

Perchè manca la rappresentazione di una materia, non è cosa lo spazio, nè un tratto di spazio.[3]

La realtà come è determinata dalla scienza è un elemento indifferente nelle questioni giuridiche, in cui venga in campo il concetto di cosa.[4]-[5]

Varie circostanze e in particolare il riguardo all'uso concorrono a far sì che tutta la società si accordi nel distinguere entro l'unità della materia certe date porzioni di questa. Così ad es. tutta la società scorge in una pietra una cosa. Le rappresentazioni sociali di cosa sono le sole cose, che possono essere oggetto di diritti reali, come quelli i quali sono rapporti giuridici correnti tra un individuo da un lato e una vastissima massa d'uomini dall'altro. Le rappresentazioni individuali di cosa sono

---

massa; cessa di essere una cosa se, riconoscendo in esso un muro a secco, lo confondiamo col suolo, che lo sostiene, e formiamo così mentalmente un'unica porzione di materia costituita e del suolo e del muro; si scinde in più cose, se ci rappresentiamo i singoli sassi come tante porzioni di materia, ciascuna delle quali ha i suoi confini.

[1] È invece una cosa un mazzo di fiori, benchè i fiori non siano anch'essi che legati insieme come le chiavi, perchè lo consideriamo come una sola porzione di materia.

[2] Anche un polverio, un gas, ecc. diventano cose se li pensiamo confinati. Un sacco d'ossigeno è una cosa. Le pareti del recipiente dànno infatti alla massa gassosa confini. È per la stessa ragione che sono e chiamiamo cose le masse liquide contenute in un recipiente.

[3] Altri però riconosce la qualità di cosa anche in un tratto di spazio, per es. in quello soprastante ad un fondo.

[4] Per questo può divenir cosa anche una quantità di elettricità. Scientificamente l'elettricità sarà questo o quello; ma non abbiamo a pensarla che come una materia che si raccoglie in una sorgente e si distribuisce lungo un filo perchè una quantità di essa divenga cosa.

[5] I corpi celesti sono anch'essi cose; vero è che non sono oggetto di rapporti giuridici.

invece le cose, che vengono in considerazione nei rapporti che corrono solo tra alcuni individui, coincidano esse o no con la rappresentazione sociale. Così ad es. proprietà non può esistere sopra un foglio di un libro, ma sopra un libro. Si può invece essere creditori anche di un foglio di un libro.[1]

In senso lato, cosa è ogni entità concepita dalla nostra mente.[2]

Nelle nostre fonti non troviamo una definizione di cosa; ma solo l'avvertenza che *res* ha nel diritto senso più ampio di quel che si potrebbe credere. Così Ulpiano nota che *res* indica *et causae et iura* [3] e Paolo che, diversamente da *pecunia*, indica anche ciò che non fa parte del patrimonio.[4] I nostri giuristi non possiedono neppure un termine che significhi la cosa corporale in antitesi alle altre *res*. *Corpus*, che in certe frasi sembra usato in codesto senso,[5] in altre non è; si chiama *corpus* anche il gregge.[6]

---

[1] I Romani ammettono l'esistenza di una cosa, dove si potrebbe da molti negare che una cosa vi sia. Così essi si rappresentano come due cose le due masse di diversi metalli confuse in un'unica massa, se sono separabili. La loro affermazione corrisponde al nostro concetto di cosa in quanto si rappresentano le due masse attualmente unite, come separate. Per cosa si rappresentano la massa di colore di cui è impregnata una stoffa, in quanto mentalmente separano le particelle di colore e le compongono in cosa. Cosa è per loro la pittura, in quanto la distinguono dalla tela. Sembra che considerino come cosa il complesso del manoscritto sopra un foglio, distinguendolo dal foglio.

[2] È in questo senso che si può dire che un'azione, uno spettacolo, un discorso ed anche un uomo (ad es. un uomo di genio, o malvagio) sono delle belle o delle brutte cose. Quest'idea di cosa sta a base del concetto odierno di diritti sulle opere dell'ingegno. I Romani poterono, come vedremo or ora, chiamar cose, in questo senso, anche i diritti. Entrano soltanto in questa definizione di cosa le sostanze e le cose indicate per il genere (l'oro ad es.; il lido del mare, frase che non indica se non un carattere che può avere un tratto di suolo; il cavallo, ecc.) benchè non siano definibili che partendo dal concetto di una materia, che le forma.

[3] L. 23, D. 50, 16.

[4] L. 5, pr. D. eod. I Romani parlano anche di *bona*. Sul senso di questo termine v. ll. 49, 83, 39, § 1, 208, D. 50, 16; l. 3, pr. D. 37, 1.

[5] L. 34, § 2, D. 20, 1, *corpora pecuniae* in antitesi alla somma.

[6] § 18, I. 2, 20, *gregis unum corpus est ex distantibus capitibus*.

L'antitesi accennata è da essi applicata soltanto nella distinzione che fanno, sulle orme dei filosofi, fra le « cose corporali » e le « incorporali. »

Ci dicono: *corporales hae* (*scil. res*) *sunt quae tangi possunt, velut fundus homo vestis aurum argentum; incorporalia sunt quae tangi non possunt.*[1] Siccome però non creavano partizioni che rispetto al diritto, così restringono l'idea di cosa incorporale alle entità giuridiche.[2] Procedono infatti dicendo: *qualia sunt ea quae in iure consistunt, sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractae.*[3] L'esemplificazione condusse a ritenere che i giuristi abbiano applicato la distinzione dei filosofi agli elementi del patrimonio; così che le cose corporali sarebbero le cose oggetto di dominio, le incorporali gli altri elementi del patrimonio. Per questo nell'esemplificazione delle *res incorporales* mancherebbe il *dominium*. Enumerando infatti gli elementi di un patrimonio, non si nominano i diritti di proprietà sulle cose, ma le cose. Che questa opinione sia esatta, data la menzione dell'*hereditas*, sembra discutibile. Del resto la partizione stessa non ebbe nel diritto romano importanza pratica, e nel sistema scientifico odierno del diritto si può opportunamente omettere.

§ 72. — Distinzioni romane delle cose per riguardo alle loro condizioni non giuridiche.

In questo e nel § successivo parleremo di cose semplicemente, senza distinguere tra il senso lato e ristretto del termine. Vedrà di per sè il lettore quando esso abbia l'uno o l'altro.

La suprema distinzione fatta dai moderni tra le cose è in « mobili » od « immobili » per natura, secondo che

---

[1] Gaio, §§ 12-14. Dicendo egli *aurum argentum,* dobbiamo pensare che alludesse a masse d'oro e d'argento e non alle sostanze: oro, argento, chè le sostanze sono, come si disse, idee e non cose tangibili.

[2] E non, come usa dire, ai diritti.

[3] Gaio, loc. cit.

si possono trasportare da luogo a luogo,[1] o no. Questa distinzione non compare presso i Romani che nell'epoca postclassica e allora solo le due specie di cose si trovano anche trattate talora in modo diverso. Sono bensì opposte già nelle XII tavole le *res soli* cioè i fondi (rustici o fabbricati)[2] alle *ceterae res;* ma l'antitesi cade solo entro le cose mancipabili e in difetto di regolare mancipazione usucapibili. Tra le cose mobili gli schiavi e le bestie si dicono *semoventes.* Le bestie si distinguono in *ferae* o no. Non sono *ferae* quelle la cui razza l'uomo si assoggettò in modo che esse convivono con lui ed egli le domina mediante la loro stessa volontà. Così ad es. non è *fera bestia* il cane. *Ferae bestiae* sono quelle, la cui razza si mantiene indipendente dall'uomo. È *fera bestia* ad es. il leone, il canarino ecc.[3] Una *fera bestia* addomesticata (*mansueta*) non perde il carattere di *fera.*

I giuristi trasportarono dalla filosofia nel diritto, oltre alla distinzione veduta tra le *res* corporali o meno, anche un'altra tra i *corpora.* Distinguono tre specie di corpi: « corpi semplici » (ἡνωμένον, *quod uno spiritu continetur*), « composti » (συνημμένον, *quod ex pluribus inter se cohaerentibus constat*), « corpi di cose distanti » (*quod ex distantibus constat ut corpora plura non soluta, sed uni nomini subiecta, veluti populus, legio grex*).[4] I moderni trasformarono questa distinzione tra i corpi in una distinzione tra le cose[5] parlando di cose semplici, composte, università di cose. E su questa dobbiamo spendere qualche parola.

---

[1] Senza grave loro alterazione o danno, o senza alterazione del loro essere, aggiungono molti.

[2] Le *res soli* sono formate dell'area con ciò che vi è sopraedificato e del suolo sottostante all'area. Lo spazio aereo soprastante è però a disposizione di chi ha un diritto sull'area in quanto lo esige la natura del diritto che ha su di questa.

[3] Cito ad esempio il canarino per ricordare che *fera bestia* non vuol dire bestia feroce.

[4] L. 30, pr. D. 41, 3.

[5] Che *corpus* non sia nella distinzione in discorso equivalente a *res* risulta da ciò che i Romani avrebbero chiamato *res* anche gli uomini liberi, che concorrono a formare il *populus*, la *legio;* laddove al tempo in cui la nostra distinzione entra nel diritto l'uomo libero non è chiamato *res* mai.

È impossibile dare un senso plausibile all'antitesi fra cose semplici e composte, per il fatto che l'idea di cosa suppone appunto che si consideri un'unità e non le parti dell'unità; se si considerano queste, allora non abbiamo più una cosa, ma più cose. Onde, data una cosa, è inutile dire che è semplice; e date più cose, è assurdo dire che si ha una cosa composta, perchè appunto non si ha un'unica cosa.[1]

L'idea di università di cose è tra le più controverse. Movendo dagli esempi datici da Pomponio di *corpus quod ex distantibus constat,*[2] si è in generale affermato che si ha un'università di cose, quante volte un nome collettivo designa una pluralità di cose mobili,[3] la quale mantiene la sua identità, malgrado che si mutino continuamente gli elementi singoli, che la compongono, si accresca per l'aggiunta di nuovi elementi o diminuisca per la diminuzione degli antichi, ed è tale che il suo stesso concetto importa la necessità dei mutamenti accennati. È discutibile se, dato che si voglia mantenere nella scienza giuridica l'idea di università di cose, giovi tenerla in questi confini e non estenderla invece anche al caso in cui si tratti di una pluralità di cose immobili (es. un ospedale

---

[1] Si può al più avvertire che v'ha cose, cui in generale non si è tentati a scomporre col pensiero in parti; e ve n'ha altre, percependo le quali, si è tentati a scomporle sempre non solo in parti, ma in date parti; sono le cose in cui si distinguono facilmente quelle dalla cui unione risultarono. Ma è inutile indugiarsi a costruire un senso tollerabile all'antitesi, che non ha alcuna importanza giuridica. Giuridicamente può importare soltanto il fatto che una cosa sia stata composta di più altre discernibili ora nell'intero. Così ad es. quando queste cose spettassero prima a proprietari diversi. Il modo però di composizione di una cosa, ossia la « storia » della cosa, non deve essere convertito in un « carattere » della cosa. L'antitesi tra cose semplici e composte pecca e soffre di questa conversione. Dagli esempi riferiti di Pomponio sembra risultare che il *corpus ex cohaerentibus* dovesse essere formato per opera d'uomo e non per forze naturali. In quanto il processo di formazione di una cosa può avere importanza giuridica, non giova distinguere fra i due casi.

[2] Nella citata l. 30, pr. D. 41, 3.

[3] Ma per verità gli esempi dati da Pomponio sono e non accidentalmente tutti di pluralità di semoventi.

formato di più padiglioni)[1] e a quello in cui si tratti di pluralità che non sono necessariamente destinate a subire mutazioni dei loro elementi (es. una galleria di quadri). A ogni modo riteniamo che le università di cose non possano essere ridotte sotto l'idea di cosa corporale. Esse sono cose soltanto nel senso lato del termine.[2] I Romani tuttavia in certi rispetti trattarono una tra le università di cose, ossia il gregge, come una cosa corporale, ammettendo un usufrutto e una rivendicazione di esso.

Diconsi cose « consumabili » quelle che usate una prima volta in conformità alla loro destinazione economica prevalente[3] non possono più usarsi una seconda in conformità alla destinazione stessa.[4] I Romani considerarono consumabile il danaro, perchè non si gode in conformità alla sua destinazione economica prevalente che privandosene.[5] Le vesti non sono cose consumabili. L'uso le deteriora, non le consuma.

---

[1] Possono infatti costruirsi in tempi diversi per essere pure in tempi diversi via via abbattuti e rifatti.

[2] Manca infatti qui la rappresentazione di una porzione definita di materia. Questa rappresentazione si ha solo per le singole cose componenti la cosa collettiva. La quale risulta invece solo dal raccogliere varie cose sotto un'unica idea, movendo da una qualità ad esse comune. Queste cose collettive non hanno quindi realtà. E di vero dall'essere una cosa la rappresentazione mentale di una porzione di materia scende che quella materia che forma una cosa non possa essere utilizzata dal pensiero nello stesso istante per formarne un'altra. Invece il pensiero può contemporaneamente inscrivere gli elementi di una cosa collettiva in molte più altre cose; ad es. utilizzare le pecore per formare l'idea di un gregge e ancora le stesse pecore per formare quella del bestiame di un villaggio rispetto al quale gli abitanti godono di un diritto di pascolo. Il che dimostra che tutto si riduce ad operazioni del pensiero su realtà, non a percezioni di nuove realtà.

[3] Così è consumabile una massa di carbone perchè la destinazione economica sua prevalente è di essere usato come combustibile; se si considerino altri usi possibili secondari suoi (ad es. che serva da filtro) non è consumabile.

[4] Il non potersi ancora usare la cosa può dipendere dalla distruzione sua col primo normale uso (così ad es. se si tratta di pane); ma può anche essere indipendente da ciò (così, per fare un esempio moderno, se si tratta di un modulo cambiario).

[5] Crediamo di far qui breve cenno della storia del danaro in Roma. Originariamente servivano come mezzo generale di scambio

Le cose si distinguono ancora in «divisibili» e «indivisibili» fisicamente. Ogni cosa è per verità fisicamente divisibile, ma non è tale in senso giuridico che quando la divisione di essa in parti ideali tra più comproprietari possa trasformarsi colla divisione fisica in una divisione in altrettante parti reali tra i comproprietari stessi. Questa possibilità si ha quando la cosa possa essere divisa fisicamente così che le parti reali corrispondano allo stesso genere dell'intero, la somma dei loro valori sia pari al valore dell'intero, e la proporzione di valore tra di esse sia pari alla proporzione di valore tra le parti ideali.

Alla divisibilità o indivisibilità fisica si oppone la divisibilità o indivisibilità «intellettuale» o «ideale.» Quest'ultima distinzione risguarda non solo le cose corporali, come la precedente, ma anche le incorporali e in particolare i diritti. Sono divisibili idealmente tutte le cose che concepiamo nella loro interezza e di cui pensiamo tuttavia che la loro utilità possa essere distribuita tra più persone per parti aritmetiche precise.[1] La divisione dell'utilità è rappresentata dal pensiero, quando le parti o la legge la vogliano, come una divisione tra

---

buoi e pecore (di qui *pecunia*). In seguito si usò allo stesso scopo prima di *aes rude* o *infectum* che si dava in pagamento in pezzi vari di grandezza (*raudera, rauduscula*) a peso (di qui *aestimare, pendere* e i derivati di *pendere*); poi di barre di rame con una piccola aggiunta di stagno marcate ai due lati con una figura e varie di peso. Erano fatte dallo Stato e preferite per la garanzia della qualità del metallo. L'innovazione è attribuita a Servio Tullio. Ai decemviri è attribuita l'introduzione di moneta vera e propria ossia di pezzi di ugual peso, di rame misto a stagno e piombo. I pezzi furono prima fusi e poi coniati. Il peso era di una libbra = 327 grammi (*as libralis*). L'asse subì varie riduzioni. La moneta d'argento non fu introdotta che nel 485 d. R.; la moneta d'oro che nel 537 d. R.; ma non divenne frequente che sulla fine della repubblica e particolarmente nell'impero.

[1] È quindi divisibile idealmente il fondo, perchè l'utilità di esso può essere distribuita in parti aritmetiche precise fra più comproprietari di esso. Ed è divisibile un credito di una somma di danaro, perchè tre persone ad es. possono dividersi in tre parti uguali l'utilità del credito stesso. Non è divisibile il diritto di passare per un fondo altrui, perchè l'utilità della servitù di passaggio non è suscettibile di essere distribuita tra più persone in parti aritmetiche precise.

più della cosa stessa. Sorge così la concezione di una parte ideale, la quale non è se non la rappresentazione di un oggetto che riproduce esattamente l'intero, ma nella proporzione indicata dalla quota.

Dicesi « fruttifera » la cosa che ne produce, per forze naturali, con o senza il sussidio dell'attività umana, altre, chiamate « frutti, » che se ne possono staccare, lasciando quella integra.[1] I frutti finchè non siano separati sono una parte della cosa madre.

Troviamo qualificati come *loco fructuum* i materiali estratti dalle cave e dalle miniere, perchè sono al pari dei frutti parti staccate da una cosa e perchè, potendosi, data la mole della cosa da cui si distaccano, trascurare il fatto che col loro distacco resta diminuita, essi si presentano come un suo prodotto costante e periodico al pari dei frutti.

Infine i Romani prescindettero, per assomigliare ad un frutto una cosa, anche dal requisito che fosse parte di un'altra, per accontentarsi che essa ne costituisse il reddito economico costante e periodico e dissero che sono *loco fructuum* la selvaggina che si prende in un fondo predisposto a servire come luogo di caccia; i pesci che si pescano in una peschiera predisposta all'allevamento di pesci; le opere dei servi, e molti redditi che si percepiscono in virtù di un atto giuridico per cui si concede l'uso di una cosa ad altri, come sono gli interessi di un capitale mutuato, le mercedi per la locazione di fondi, di navi, di giumenti. Gli interpreti designano questi redditi col nome di « frutti civili. »

---

[1] Sono frutti della pecora quindi la lana, il latte, gli agnelli, non le altre parti che si separassero dal suo corpo, lasciandola viva. Sono frutti di un vigneto i prodotti delle viti, non le viti che il vento divelga. Non è annoverato tra i *fructus* il figlio di schiava, benchè la schiava sia una *res*. In ciò si ha una delle tante manifestazioni della contraddizione implicita nel concetto di schiavitù. I Bizantini giustificano il principio dicendo: *absurdum enim videtur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit* (l. 28, pr. § 1. D. 22, 1). I Romani ne danno una ragione economica: *quia non temere ancillae eius rei causa comparantur ut pariant*, e vuol dire: perchè l'industria dell'allevamento di schiavi non esiste o non è pratica.

Dicesi *species* una cosa corporale in quanto si considera non solo nei caratteri che ha comuni con altre, ma anche nei caratteri per i quali si distingue da tutte le altre.

Si dicono « fungibili » [1] quelle categorie di cose i cui singoli capi non sono consuetamente oggetto di commercio; nel commercio vengono solo frazioni della categoria o la categoria.[2] Si dicono per antitesi « infungibili » quelle categorie di cose i cui singoli capi sono consuetamente oggetto di commercio, mentre non lo sono consuetamente nè la categoria nè frazioni di essa. Il grano ad es. è cosa fungibile, perchè viene in commercio o come grano, o come grano di una data qualità. Il cavallo è cosa infungibile, perchè in commercio vengono singoli cavalli e non cavalli in genere. La distinzione si riferisce, come abbiamo detto, a categorie, cioè a tipi, idee di cose; quando le parti contemplano una cosa corporale, allora contemplano sempre una *species*. Fra le cose fungibili la più importante è il danaro. Le cose fungibili sono normalmente consumabili; le infungibili inconsumabili. Le due categorie però non coincidono.

§ 73. — Distinzioni romane delle cose per riguardo alle loro condizioni giuridiche.

Le cose sono *in commercio* o *extra commercium* secondo che possono o no appartenere a privati. Sono *in commercio* tutte le cose che non siano *extra commercium*. Queste sono le cose che lo Stato destina positivamente ad altri scopi da quello di giovare a persone singole.[3]

---

[1] Il nome non romano è preso dalla l. 2, § 1. D. 12, 1: *res quae in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie*. I Romani le designavano per *res quae pondere numero mensura consistunt*.

[2] Ciò dipende dall'essere le qualità individuali dei singoli capi compresi nella categoria socialmente insignificanti.

[3] Sono quindi in commercio anche le cose di cui lo Stato neghi il possesso e il godimento ai privati, se non dia loro altra destinazione positiva. Tali sono ad es. i *mala venena*, i libri magici ed altre cose che lo Stato romano sequestrava ai privati e di cui vietava il commercio.

Tra le cose *extra commercium* vengono anzitutto le *res divini iuris* e *quodammodo divini iuris* in antitesi alle quali le altre, siano o no *in commercio*, si dicono *humani iuris*. Sono *res divini iuris* le *res sacrae* e le *res religiosae;* sono *quodammodo divini iuris* le *res sanctae.*

Res sacrae, nell'età pagana, sono quelle che servono al culto degli dei superni;[1] nell'età cristiana quelle dedicate a Dio dall'autorità ecclesiastica dietro permesso, se erano immobili, dell'imperatore. La qualità di sacra aderisce alla cosa finchè non sia sconsacrata mediante *profanatio.*[2]

Res religiosae sono quelle dedicate *diis manibus;* principale tra esse è il luogo dove alcuno, libero o schiavo, è seppellito (*locus religiosus*).[3] Questo resta l'unica cosa religiosa secondo il diritto giustinianeo.

Per far da *purus* divenire *religiosus* il tratto di terreno adibito alla sepoltura, conveniva che l'inumazione fosse fatta a perpetuità da colui a cui incombeva di compierla, dopo aver reso gli estremi onori al defunto, in un terreno di cui fosse proprietario quiritario e senza violazione dei diritti di terzi su di esso.[4] Chi seppelliva fuori di queste condizioni era esposto ad un'azione arbitraria,

---

[1] Si trova detto di esse ora che sono degli dei, ai quali sono dedicate, ora che sono del popolo romano. — Divenivano *sacrae* quando i sacerdoti del popolo con un atto detto *consecratio* che, se si trattava di immobili, dovea seguire *ex auctoritate populi,* cioè per legge o per senatusconsulto o per costituzione imperiale, le cedeano sopra istanza di chi ne avea fatta la *dedicatio* (Stato o privati) al Dio. Nelle provincie gli immobili così consacrati, essendo proprietà del popolo romano, divenivano solo *pro sacro.*

[2] A scopo di riscattar prigionieri fu però permesso da Giustiniano che si alienassero o si sottoponessero a pegno anche cose sacre e di metterle così in commercio.

[3] Altre cose religiose erano gli oggetti che usava lecitamente seppellire col cadavere. La legge vietava che si inumassero oggetti preziosi. Cose religiose erano anche certe località, a cui si connetteva il ricordo di sventure e di avvenimenti prodigiosi. Nelle provincie il luogo di sepoltura è *pro religioso.* Delle cose *religiosae* è detto nell'età pagana che sono degli dei mani.

[4] Coll'assenso del proprietario e dei terzi si potea però seppellire anche nell'altrui o in luogo gravato da diritti dei terzi con l'effetto che il *locus* divenisse religioso.

per la quale dovea togliere il cadavere o pagare il prezzo del luogo. In diritto giustinianeo (se anche nel classico è controverso) incorreva inoltre in una pena. Il *locus religiosus,* pure non essendo in proprietà umana, onde è qualificato per *res nullius,* è tuttavia oggetto di un diritto privato detto *ius sepulchri* che consiste nella facoltà di *sepeliri et mortuum inferre,* di erigervi un monumento, di restaurare, di proteggere il sepolcro da interventi illeciti mediante interdetti (tra cui era l'*interdictum quod vi aut clam*) e azioni utili o in *factum* e di farvi cerimonie religiose.[1]-[2]

Res sanctae sono alcune cose inviolabili, poste sotto la particolare protezione degli dei nazionali, come le mura e le porte della città, e nel diritto antico i termini dei fondi e i frutti dei campi. In diritto giustinianeo le *res sanctae* hanno il carattere soltanto di *res publicae,* la violazione delle quali è colpita di pena capitale.

---

[1] L'*ius sepulchri* sorge con un atto, che i Romani chiamano *sepulchrum constituere* e che è paragonabile alla costituzione di una fondazione, per il quale certe persone presenti, tra cui il costituente stesso, e future acquistavano il diritto di essere inumati e di inumare altre persone nel sepolcro. Chi però per l'atto di fondazione ha l'*ius sepulchri* può, nei limiti concessi dall'atto, accordare ad altri di usare del sepolcro, ed anche di alienare la facoltà d'uso concessagli. — L'*ius sepulchri* è stato recentemente oggetto di particolari interessanti ricerche, che non riuscirono però ad escludere ogni dubbio in causa della condizione delle nostre fonti. Certo troviamo esclusa la *rei vindicatio,* l'alienazione e l'usucapione del sepolcro, la servitù sul sepolcro o a favore del sepolcro ed altre norme ed istituti incompatibili coll'idea che il *locus religiosus* è *res nullius.* L'asserita commerciabilità dell'*ius sepulchri* si riduce per noi, come abbiamo implicitamente accennato, ad alienabilità del suo esercizio.

[2] Nelle nostre fonti non è detto se il cadavere umano sia o no cosa in commercio. Troviamo però ammessa la *noxae datio* del cadavere. Noi riteniamo che fuori di questo caso fosse *extra commercium;* certo poi che sia tale ora e che tali siano anche quelle parti staccate dal corpo umano vivo o morto, nelle quali gli uomini riconoscono o rispettano la personalità umana servendo ad esse anzichè facendole servire a sè. Quindi ad es. sono cose in commercio i denti e i capelli asportati; non gambe amputate. Possono però tali cose divenire *in commercio* per una specificazione consistente nel privarle di umanità, convertendole ad es. in preparati anatomici.

Altre cose *extra commercium* sono le *res omnium communes*, ossia: l'aria, il mare, il lido del mare[1] e l'acqua corrente.[2]

I Romani chiamando codeste cose *omnium communes* non affermano una comproprietà su di esse di tutte le persone, alle quali Roma accorda protezione giuridica; vogliono significare soltanto che esse non sono oggetto possibile del diritto esclusivo di alcuno, finchè serbano il carattere che le fa comuni, ma che tutti possono usarne al solo titolo di uomini, onde chi impedisce o turba il godimento di esse è passibile di *actio iniuriarum*. Le cose comuni quando siano spogliate della qualità che le rende comuni sono suscettibili di dominio privato o pubblico come cosa a sè.[3]

Res publicae si dicono quelle in proprietà dello Stato. Di queste alcune sono *extra commercium* e sono *quae publico usui destinatae sunt;*[4] queste si chiamano anche *res publicae* in senso stretto; altre *in commercio* e sono *quae in patrimonio seu in pecunia populi sunt.* Le cose destinate all'uso pubblico erano i fori, le piazze, le basiliche, i teatri, gli stadi, i ponti, i porti, le *viae publicae*[5]

---

[1] Il lido si estende sin dove giunge il massimo flutto invernale. Esso è *res omnium communis* come continuazione che è del fondo del mare. Celso era di parere diverso da quello che trionfò; scrive infatti: *litora in quae populus romanus imperium habet populi romani esse arbitror* (l. 3, D. 43, 8). V'ha chi reputa che il mare stesso fosse considerato cosa del popolo. Crediamo a torto. Per questa opinione si è addotto il permesso dato dall'autorità pubblica di occupare con edifizi il lido e la locazione della pesca per parte dello Stato in certi luoghi del mare. L'una e l'altra concessione può però dipendere dall'idea che lo Stato, senza essere proprietario, fosse sovrano del lido e del mare. Quanto in particolare alla locazione della pesca v'ha chi contesta che le fonti relative contemplino la pesca nel mare anzi che in fiumi e laghi pubblici. È conciliabile col carattere di *res omnium communis* del mare l'attribuzione allo Stato della proprietà dei porti. I porti, come bacini a sè, son distinti dal mare.

[2] L'onda non il *flumen*.

[3] V. quanto diciamo più innanzi circa le costruzioni sul lido.

[4] La cosa veniva rilasciata all'uso pubblico, eccettuati però i fiumi, con un atto detto *publicatio*.

[5] Era pubblico anche il suolo della *via publica* nella misura stabilita dalla *publicatio*.

e i *flumina perennia*.[1] Chi ne impedisse o turbasse l'uso era passibile di *actio iniuriarum*. In quanto però occorresse rimuovere ostacoli al godimento comune si agiva con interdetti.[2] *Res publicae in patrimonio* erano i proventi delle imposte, il bottino di guerra, i servi pubblici, l'*ager publicus*, ecc. Di queste cose lo Stato dispone come farebbe un privato, ma spesso con modi diversi. Il nome di *res publicae* fu dato originariamente alle sole cose qui contemplate appartenenti al popolo romano; poi fu esteso a quelle appartenenti ai comuni.

Una distinzione importantissima è quella fra *res mancipi* e *nec mancipi*. Le prime ci sono definite come le cose suscettibili di essere alienate con *mancipatio*.[3] Perchè queste sole potessero essere alienate così, si può intendere soltanto se estendiamo la definizione oltre gli oggetti mancipabili qualificati per *res* nell'età classica sino a comprendere gli altri oggetti mancipabili, allora non più chiamati *res*, ma chiamati così nell'età antica e quindi in questa età compresi nella definizione in discorso,[4] ossia i sudditi liberi del *paterfamilias*.[5]

---

[1] Fiumi perenni diconsi quelli che di regola recano costantemente acqua per essere alimentati da fonti; per antitesi diconsi fiumi torrenti quelli che non recano costantemente acqua per essere alimentati dalle acque piovane. Il letto di un fiume pubblico finchè vi scorre l'acqua è pubblico. Non pare ammissibile che i Romani lo considerassero come proprietà privata sottoposta all'onere di portare il *flumen*, che solo sarebbe pubblico. Allora non avrebbero potuto parlare di acquisto del dominio trattandosi di incrementi fluviali. Le sponde fanno parte del fiume sino alla linea della massima piena. Al di sopra possono essere in proprietà privata. Il fiume privato, ossia non perenne, non si distingue per nulla da un fondo privato qualsiasi.

[2] Va respinta l'idea che di queste cose fossero proprietari i singoli cittadini e così pure l'altra che lo Stato ne abbia la sovranità e non la proprietà.

[3] Gai., 2, 22. *Mancipi vero res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae.*

[4] Le *res mancipi* devono infatti essere state sempre definite come le definisce Gaio.

[5] Che la figlia si usucapisse come *cetera res* ci è detto dai nostri giuristi. Vuol dire che tutti i figli erano detti *res* al pari degli schiavi.

Ciò infatti che si poteva alienare con *mancipatio* non si poteva nell'età precivica e negli stessi primordi della città alienare in altro modo.[1] Non si ha ora che ad ammettere che la *mancipatio* fosse un modo di vendita applicabile solo nel commercio fra genti e non all'interno di una gente, perchè la nostra definizione risulti affermazione di questo fatto ossia che *res mancipi* erano originariamente tutte le persone e le cose nella *manus* collettiva della gente. È infatti evidente che ciò che era nella *manus* della gente non potea alienarsi che presso un'altra gente, ossia all'estero e reciprocamente ciò che potea alienarsi solo all'estero dovea essere nella *manus* della gente.

Il carattere esclusivamente intergentilizio della *mancipatio* risulta principalmente dal potersi con essa alienare in servitù il figlio, mentre nessun libero di un gruppo politico può divenir servo all'interno di esso, e dalla sua solennità, che non troviamo mai negli atti certamente endogentilizi.[2] A sua volta che le persone e cose mancipabili fossero nella *manus* collettiva della gente risulta palese appena si consideri quali esse sono. Si mancipavano in tempi storici i fondi *in italico solo,* fossero rustici o fabbricati, gli schiavi, i buoi, i cavalli, gli asini, i muli, le persone *in causa mancipii,* i figli e le figlie di famiglia; infine le servitù rustiche.[3] Si sostituiscano ai fondi *in italico solo* i fondi appartenenti in origine agli agri gentilizi, la cui unione formò l'*ager romanus* estesosi

---

[1] La *in iure cessio* che era nei tempi storici l'altro modo possibile di alienare le *res mancipi* è istituto civico e perciò stesso posteriore alla *mancipatio* che è istituto precivico.

[2] Si aggiunga che alla *mancipatio* si accompagna l'*obligatio auctoritatis* e le obbligazioni primitive sono internazionali; che l'*ius commercii* tra popoli è definito per *ius emendi rendendique* cioè di mancipare e ricevere in mancipazione (Karlowa, *Röm. Rechtsgesch.*, II, p. 72, n. 1); che la *noxae datio,* istituto internazionale, si compie sempre primitivamente con *mancipatio* (v. quanto diciamo trattando delle azioni nossali), che troppe sono le verosimiglianze che la *mancipatio* della figlia *matrimonii causa* avesse luogo nei matrimoni esogamici, ecc.

[3] Sulla *mancipatio familiae* si parlerà nel diritto ereditario. Qui diciamo solo che è indifferente per la determinazione del concetto di *res mancipi.*

poi sino ad abbracciare tutto il suolo italico, e avremo un complesso di persone e di cose, la sovranità-proprietà collettiva delle quali per parte della gente si presenta come un ordinamento corrispondente alle condizioni primitive di vita dei gruppi nazionali-patriarcali.[1] Così le due tesi dell'intergentilità della *mancipatio* e della *manus* collettiva gentilizia sulle *res mancipi* si integrano e si sostengono mutuamente. Esclusi in processo di tempo i figli e le figlie e le persone *in causa mancipii* dal novero delle *res*, indebolitesi e scioltesi le unità gentilizie nelle famigliari sia nei riguardi personali che nei patrimoniali, le *res mancipi* si ridussero a quelle elencate ancora dai classici ossia ai fondi italici, agli schiavi, agli animali menzionati e alle servitù rustiche. Le *res mancipi* formarono una categoria chiusa di cose; nè gli antichi sanno dirci perchè siano tali esse sole. Il perchè era in realtà

---

[1] Infatti la sovranità-proprietà collettiva del suolo è una condizione comune ai popoli primitivi. Quanto alle servitù rustiche, v'ha chi ritiene che fossero alle origini cose corporali e cioè fondi. Senza che ci fondiamo su questa idea troppo malsicura, basta a fare apparire probabile la nostra idea il fatto che erano qualità di due fondi e non abbiamo che a concepirle come correnti fra agri gentilizi, per comprendere che, essendo nella *manus* della gente questi, erano nella *manus* della gente attivamente o passivamente anch'esse. È verisimile che gli schiavi fossero bene gentilizio perchè il più antico e più importante modo d'acquistarli era la guerra. La gente che li avea presi in guerra li adibiva poi alla cultura del suolo comune. L'*in causa mancipii* in questa età non è che un libero d'altra gente venduto in servitù o forse anche un gentile riscattato che resta in servitù. Ma alla condizione dello schiavo si pareggia quasi in tutto all'interno della famiglia quella del figlio di famiglia. E se era bene collettivo lo schiavo, dovea essere bene collettivo anche il figlio. Appare naturale che fossero bene collettivo della gente tra gli animali tutti e soli quelli menzionati perchè questi soli servivano alla cultura del suolo ed erano utilizzati nelle guerre combattute in comune dai gentili. Essi erano inoltre oggetto ordinario di occupazione bellica per parte della gente. — È probabile che la gente avesse nella sua *manus* anchè i *patresfamilias* e li potesse mancipare all'estero come lo Stato in tempi storici aliena all'estero il cittadino. Ma le norme e gli istituti di un'età, in cui da molto tempo il *paterfamilias* si surrogò nella sovranità sulle cose e le persone alla gente, i soli sui quali possiamo fondare le nostre deduzioni, non ci aprono naturalmente vedute sopra età in cui il *paterfamilias* era un suddito della gente.

in condizioni giuridiche e sociali remotissime ignorate o trascurate dai nostri giuristi e invano si cercherebbe nell'indole naturale o nella destinazione economica di codeste cose.[1]

Per antitesi alle *res mancipi* si dicono *res nec mancipi* tutte le altre e sono quindi quelle che sin dalle origini erano in proprietà individuale dei capifamiglia e poteano perciò essere alienate all'interno della gente.[2] Nel diritto postclassico la distinzione fra le due categorie di cose cadde in disuso. Non fu però abolita formalmente che da Giustiniano.

§ 74. — I diritti reali; loro concetto ed enumerazione.

Dicesi « diritto reale » un diritto subbiettivo configurato come partente dalla persona del titolare ed incidente sopra una cosa. A questa configurazione diamo il nome di « immagine realistica. » « Diritto reale » non è adunque frase che indichi un dato potere o un carattere intrinseco comune a vari poteri;[3] indica invece ogni situazione giuridica di una persona a cui la dottrina applichi l'immagine realistica.

---

[1] Poichè tradizionalmente gli animali *mancipi* erano designati come bestie *quae collo dorsove domari solent,* Gaio (2, 15) ci ricorda che i Proculiani voleano che non fossero *mancipi* appena nati, come sosteneano i Sabiniani, ma dopo domati. Lo stesso Gaio (2, 16) si domanda perchè non fossero *mancipi* gli elefanti e i cammelli che si possono domare allo stesso modo; e risponde: perchè *ne nomen quidem eorum animalium illo tempore notum fuit, quo constituebatur quasdam res mancipi esse quasdam nec mancipi.* La spiegazione è ingenua, quanto l'opinione proculiana riferita.

[2] Vedasi in proposito il § 80.

[3] Ad es. nel diritto tedesco sono configurati come diritti reali situazioni giuridiche che la tradizione latina del diritto mette invece nella categoria di quei diritti, che si fanno antitetici ai reali, ossia i diritti di obbligazione. Per il diritto tedesco infatti si ha un diritto reale tutte le volte che « una cosa è sottoposta all'attività su di essa (« thätige Einwirkung ») di una persona. » HEUSLER, *Institutionen des deutschen Privatrechts,* pag. 378. Onde si ha un diritto reale nella locazione sia d' immobili che di mobili, nel commodato, nel deposito di cosa. Id. ibid.

Le ragioni e l'estensione di quest'applicazione possono essere le più varie. Nella tradizione giuridica latina sono le seguenti.

Tutti i diritti subbiettivi, come già si notò, corrono veramente solo fra uomini e non fra uomini e cose. Ma se la situazione giuridica di una persona consiste soltanto nella facoltà di esigere una data condotta di un'altra persona, allora questa situazione resta concepita come rapporto fra persona e persona. Se invece consiste nella facoltà di esigere contemporaneamente o successivamente o sia in un modo che nell'altro una pari condotta di più persone, allora quanto è più ampio il cerchio di codeste persone e quindi il numero dei rapporti personali che costituiscono la situazione giuridica stessa e tanto più il pensiero preferisce concepirla in modo da escludere la rappresentazione altrimenti necessaria di codesti rapporti e vi riesce, fingendo appunto che la persona sia in rapporto con qualche cosa, anzichè con altri uomini, applicando cioè l'immagine realistica.[1] La massima necessità

---

[1] Così ad es. se la legge ordini a tutte le altre persone sottoposte al suo impero, salvo Tizio, di astenersi in ogni senso dall'intervenire in una cosa senza il consenso di Tizio, il quale resta perciò libero, in forza dello stato naturale di libertà, che è il presupposto generale dei rapporti giuridici, di agire sulla cosa, questa sua condizione giuridica si può descrivere per quello che è, ossia come diritto di esigere che tutte le persone accennate presenti e future tengano codesta condotta di astensione (V. quanto diciamo a pag. 58, n. 1). Ma la mente, ripugnando a questa rappresentazione di infiniti obblighi di tutti i presenti e futuri verso di uno, ama meglio rappresentarsi la situazione giuridica stessa dal punto di vista del risultato che hanno gli obblighi infiniti per Tizio: ossia una giuridica facoltà di piena disposizione della cosa; e pensare che il rapporto corra fra Tizio e la cosa. Si dirà quindi che Tizio ha un diritto sulla cosa e non di fronte alle persone. Questo diritto sarà qui la proprietà. L'immagine realistica sta a base anche dei così detti diritti all'onore, alla vita, alla libertà, al nome, allo stemma, ecc. in quanto l'onore, la vita, ecc. si obbiettivano come cose. I più vogliono invece concepire il diritto reale come un rapporto giuridico diretto tra un uomo e una cosa. Questa diffusissima teoria ha trovato il suo castigo nell'altra che la proprietà non è un diritto; ma che il diritto sorge solo quando la proprietà è lesa. Non basta respingere questa teoria; conviene cercarne l'origine. E l'origine è chiara. Siccome diritti non possono correre fra uomo e cosa,

di simile applicazione si presenta dove siano tenute ad una stessa condotta verso qualcuno tutte le persone sottoposte alla sovranità dello Stato (salvo quelle che siano particolarmente dispensate) e così le presenti come le future per il solo fatto che sono sottoposte a codesta sovranità. I Romani si giovarono dell'immagine realistica soltanto in quest'ultima ipotesi e non sempre, bensì quando si verificassero due ulteriori circostanze; quando cioè l'obbligo degli altri sudditi dello Stato verso di uno fosse obbligo di un non fare e non di fare e quando il non fare consistesse nell'astenersi da tutte o da certe forme di azione su di una cosa corporale senza il consenso di quell'uno. Dall'astensione altrui deriva il più spesso una sfera di disposizione sulla cosa per colui che ha diritto di esigerla, disposizione costituita da quel tanto di libertà naturale d'azione circa la cosa che gli rimane guarentita per l'astensione stessa. È da questa disposizione che allora si definisce il diritto reale;[1] e tanto più giustamente in quanto il legislatore ordina l'astensione dell'uno in ragione della disposizione che vuol lasciare ad altri. Ma talora non ne sorge nessuna sfera di disposizione; ciò avviene quando l'astensione di uno non è imposta per custodire una facoltà naturale d'azione d'altri sopra la cosa. In tal caso si verifica il fenomeno di un diritto (es. le servitù negative) concepito come incidente sulla cosa ma che non si può tuttavia definire se non come diritto a una condotta d'altri.[2]

Se la giurisprudenza romana tenne fermo il primo dei tre requisiti suesposti di diritto reale, rivela però qualche

---

ma solo tra uomini, così, concepito il dominio come rapporto colla cosa, bisogna dire che non è un diritto, per dire che è, quando la lesione pone di fronte l'uno all'altro due uomini.

[1] Così se la legge ordini che tutti si astengano da quelle forme d'intervento in un fondo che possono impedire a me di passare per esso, io ottengo una disposizione della cosa altrui; e si definisce il mio diritto come facoltà di passare per il fondo altrui.

[2] Invero se la legge ordini che nessuno alzi un edificio contro il mio consenso io non ho una facoltà di disposizione dell'edificio; onde il mio diritto è definibile solo come facoltà di esigere che altri non lo alzi.

incertezza rispetto agli altri due. Vi sono traccie che abbia concepito un diritto reale anche dove si ha la facoltà di esigere un non fare di tutti rispetto a un bene incorporeo; così ad es. troviamo ammesso un diritto di pegno sopra un credito o sopra un altro diritto di pegno. Non basta; la giurisprudenza stessa concepì come diritto reale la facoltà di esigere un'astensione di tutti, anche in qualche caso dove ad essa andava congiunta sempre, in forza della natura stessa del rapporto, la facoltà di esigere una prestazione positiva da una persona designata non individualmente, ma dal verificarsi di una circostanza; così nella *servitus oneris ferendi,* nell'enfiteusi, nella superficie.[1]

I diritti reali noti ai romani sono: 1) la proprietà; 2) le servitù; 3) i diritti personali su cosa altrui; 4) la superficie; 5) l'enfiteusi; 6) il pegno e l'ipoteca. Gli ultimi cinque diritti si dicono: diritti sulla cosa altrui (*iura in re aliena*).

---

[1] Movendo da questi precedenti, v'ha chi vuole estendere il concetto di diritto reale oltre i limiti da noi segnati, come propri del concetto romano di esso, ammettendo diritti reali su beni incorporei, e diritti reali che hanno per oggetto una prestazione positiva (diritti reali *in faciendo*), purchè le persone che la devono eseguire siano determinate non individualmente ma successivamente da una circostanza. Apparterrebbero a questa ultima categoria di diritti reali i così detti oneri reali, cioè i doveri di fare determinate prestazioni positive connessi al dominio di un fondo; ad es. il pagamento di certe rendite. In linea di speculazione, obbiezioni assolute contro questa applicazione più estesa dell'immagine realistica non si possono fare. L'idea di cosa non è infatti assoluta, anzi è la più relativa che sia concepibile. E l'immagine realistica trova applicazione spontanea pur nel caso di oneri reali; basta personificare la cosa, e fingere che la prestazione sia dovuta dalla cosa, per immaginare anche qui che il diritto alla prestazione colpisca la cosa. Già Labeone per il dovere di riparare la parete congiunto alla *servitus oneris ferendi* scriveva: *hanc servitutem non hominem debere sed rem* (l. 6, § 2, D. 8, 5). Ma con tutto ciò crediamo che non giovi alla scienza distaccarsi dalla più antica configurazione romana di diritto reale, che rimase in sostanza intatta per tutto lo sviluppo del nostro diritto, non ostante piccole e trascurabili deviazioni.

Capo II.

CONCETTO, SVILUPPO, SPECIE E LIMITI DELLA PROPRIETÀ.

§ 75. — Concetto di proprietà.

La proprietà è il potere di una persona consistente nell'avere essa piena libertà d'azione circa una cosa, perciò che, quando voglia e possa per tutte le altre circostanze disporne, non le è impedito di farlo dalla volontà contraria di nessun'altra persona. Tanta estensione ed esclusività di potere suscita uno stato di coscienza circa il rapporto tra la persona investita del potere stesso e la cosa identico a quello in cui siamo circa il rapporto tra l'io e gli elementi corporei o psichici che lo costituiscono e che il nostro pensiero obbiettiva, onde esprimiamo quello cogli stessi termini con cui esprimiamo questo, dicendo che la cosa « appartiene » al proprietario, che è « sua. »

Secondo la definizione data, la proprietà può essere un potere non giuridico. È tale quando la piena libertà d'azione che la costituisce sussiste per altre cause che per una norma dello Stato.[1]

Diviene un potere giuridico che si dice « proprietà » in senso antonomastico (*dominium, proprietas*) quando una persona ha piena libertà d'azione circa una cosa perchè, mentre lo Stato impone a tutti gli altri di astenersi dalla cosa in ogni senso, non impone ad essa di astenersene in nessun senso.

---

[1] Così ad es. un unico abitante di un'isola non soggetta alla sovranità di uno Stato dirà facilmente di sè che ne è proprietario, benchè sia palese che, mancandovi una società umana, egli non può avere un « diritto » di proprietà. Usa anche chiamar proprietario chi spadroneggi sopra una cosa in forza di una superiorità di fatto della sua volontà circa la cosa all'altrui. Vedremo come si possa dal punto di vista qui contemplato definire il possesso come una proprietà sociale.

L'obbligo giuridico altrui di codesta astensione costituisce il lato negativo della proprietà. La piena libertà giuridica d'azione che scaturisce da esso per la persona contemplata ne costituisce il lato positivo. Questo è adunque la conseguenza di quello.

Dell'esistenza di un potere si giudica nella dottrina giuridica costantemente dal verificarsi delle condizioni ritenute dal diritto necessarie e sufficienti per attribuirlo. Quindi, se si siano verificate a favore di alcuno le condizioni, a cui lo Stato congiunge l'attribuzione del dominio, costui è proprietario, anche se per disposizione di legge o per atto privato si trovi concretamente privato di certe facoltà circa la cosa. Queste privazioni non possono essere infatti concepite che come « limiti » del dominio; esse ne costituiscono un freno; al loro cessare il proprietario si troverà investito anche concretamente di una piena libertà d'azione circa la cosa, senza bisogno di un atto che gli doni quel tanto di libertà di cui era privato (così detta « elasticità » del dominio).

Tra i limiti accennati alcuni sono costituiti da diritti sulla cosa altrui, che hanno anch'essi per contenuto una facoltà di disposizione generale, o, come preferiamo dire, una libertà d'azione, ma non piena, bensì limitata. Tali sono l'usufrutto, l'enfiteusi, la superficie. Se per questo carattere di generalità essi si accostano alla proprietà, tanto che ci permetteremo di qualificare l'usufrutto come una proprietà interinale e l'enfiteusi e la superficie come una proprietà vincolata, e se ancora per lo stesso motivo possono essere ristretti da altri diritti che limitano il dominio[1] ed estendersi anch'essi come questo al loro cessare (un'elasticità la hanno quindi essi pure), divergono sempre dal dominio perchè non cessa mai quel limite alla libertà d'azione che li costituisce, il quale è implicito nel loro concetto e che deriva dalla stessa loro ragione di essere.

La proprietà è un potere unitario per suo concetto. È una libertà d'azione che la forma. Essa non è la somma

[1] Ad es. una servitù su di un fondo in usufrutto limita il dominio ma anche l'usufrutto.

di vari poteri, ad es. della facoltà di usare della cosa, di trarne i frutti se è fruttifera, di modificarla, di distruggerla. La definizione della proprietà che si volle far passare per romana, mentre non è, secondo la quale essa sarebbe l'*ius utendi et abutendi* di una cosa, è anche per codesto motivo erronea. Le singole facoltà di disposizione non sono che singoli aspetti di codesto unico potere.

Le cause per le quali una persona acquista in modo originario la proprietà di una cosa furono giudicate dai Romani tali da non recare in sè la giustificazione della estinzione della proprietà nella stessa persona a un dato termine o verificandosi una data condizione. Perciò la proprietà nasce sempre per atto d'acquisto originario come perpetua. Conviene, perchè si estingua, che si verifichino posteriormente alla sua nascita delle cause d'estinzione. Ma anche se la proprietà di uno tragga la sua ragione di essere dalla proprietà precedente di un altro, il diritto romano per tutta l'epoca antica e classica non ammise che la proprietà sorgesse vincolata da un diritto di alcuno a riavere od avere *ipso iure* in proprietà ad un dato evento o termine la cosa. Solo nell'epoca postclassica troviamo ammesso un ritorno *ipso iure* della cosa al precedente proprietario.

La definizione data della proprietà importa che essa sia per concetto solitaria. Il pensare due persone di ognuna delle quali singolarmente considerata si possa dire che è libera di disporre di una cosa per il fatto che tutti gli altri sono esclusi dall'intervenire in essa è chiudersi in una contraddizione. Una cosa; una proprietà; un proprietario; questa affermazione non è tanto una conseguenza della nostra definizione, quanto un principio già espresso in essa.

§ 76. — Sviluppo della proprietà romana.

Quanto dicemmo intorno alla distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* serve anche alla storia primitiva della proprietà romana. L'idea che abbiamo ivi esposta, ossia che il suolo fosse prima in proprietà-sovranità della

collettività gentilizia trova conferma nell'incontrarsi lo stesso fatto presso altri popoli primitivi distribuiti in genti alla pari del popolo romano.[1] Proprietà collettiva non significa però anche cultura e godimento in comune del suolo.[2] Considerando che, quantunque la pastorizia fosse ancora prevalente agli inizii di Roma, non mancava tuttavia un soddisfacente sviluppo dell'agricoltura, riteniamo che nel periodo prossimo alla fondazione della città le genti avessero superato lo stadio del comunismo agrario, anche nella forma di assegnazioni territoriali a singole famiglie, cangiate periodicamente, e che le assegnazioni alle famiglie fossero divenute di fatto permanenti. Forse le famiglie aveano già ottenuto di poter, in seguito a permesso della gente, alienare le loro terre. In processo di tempo la distribuzione stabile del godimento si mutò in distribuzione stabile del suolo e sorse così la proprietà individuale su di questo; ciò in seguito alla progressiva sostituzione dell'agricoltura alla pastorizia e dell'agricoltura intensiva alla estensiva, causa ed effetto insieme della concomitante famigliarizzazione della società. La proprietà sulle cose *mancipi* mobili seguì le sorti della proprietà del suolo.[3] Le cose *nec mancipi* fu-

---

[1] Non hanno invece alcun valore come argomento per la nostra tesi le narrazioni degli antichi circa un'età dell'oro, in cui non esisteva proprietà individuale. Sono leggende che si trovano presso molti altri popoli e che non nascono da memorie storiche, ma esprimono il sogno eterno che l'uomo trovi la felicità nel comunismo. I Romani faceano un tutt'uno di questa e dell'altra leggenda di una spontanea produzione dei frutti della terra senza bisogno del lavoro umano.

[2] Giuridicamente la proprietà collettiva si distingue dal condominio, perchè in essa non si ha quella divisione per parti ideali della cosa, che si ha invece sempre in questo.

[3] Non ha alcuna base l'idea che la proprietà individuale del suolo sia sorta dopo la costituzione della città per opera della città stessa. S'invocano per essa testi che parlano di disposizioni regie con cui si assegnarono fondi a singoli, e particolarmente quello di Varrone R. R. I, 10, *Bina iugera, quod a Romulo primum divisa* (*dicebantur*) *viritim, quae* (*quod*) *heredem sequerentur heredium appellarunt.* Da questo testo, d'interpretazione assai discussa, si può desumere soltanto che vi fu un *heredium* sottratto al godimento e alla disposizione della *gens;* era un tratto di terra colla casa rispetto a cui

rono sempre in proprietà individuale dei capifamiglia. E quindi compiuta che fu la famigliarizzazione delle cose *mancipi*, il diritto della città non ebbe che un'unica proprietà uguale di carattere, benchè scaturente da due fonti: la proprietà-sovranità sulle cose *mancipi* e l'economica sulle *nec mancipi;* cioè il dominio *ex iure quiritium.* È ozioso parlare, come molti fanno, non di proprietà individuale, ma di una proprietà famigliare, in relazione al dominio esercitato dai capifamiglia sulle due specie di cose nelle età storiche, invocando la rappresentanza famigliare sostenuta dal *paterfamilias* e l'*officium* suo di amministrare i beni nell'interesse della famiglia, dal momento che nessun limite scaturiva da codesta rappresentanza ed *officium* alla sua disposizione dei beni.[1]

La designazione del patrimonio del cittadino con *familia* e *pecunia*, in uso presso i Romani, si connette probabilmente alle condizioni primitive della proprietà romana, ma in modo non ancor bene determinato.

Di uno sviluppo della proprietà si può anche parlare in relazione alla sua protezione giuridica. Svolgeremo questo argomento in parte trattando delle azioni a tutela del dominio, in parte trattando della procedura.

---

alcuno era *herus* cioè proprietario (sbaglia probabilmente Varrone a connettere la parola etimologicamente ad *heres* nel senso storico del termine, benchè sia esatto che sull'*heredium* v'avea eredità). La proprietà su questo fondo non potè sorgere che per decreto della gente. È impossibile infatti supporre che le genti federandosi nella città mettessero in proprietà collettiva di tutti i cittadini i loro territori. La proprietà collettiva è famigliare o gentilizia; non può essere statuale e tanto meno di uno Stato composto secondo la leggenda di 300 genti. Il decreto gentilizio di assegnazione non va parificato colle assegnazioni di terre fatte dallo Stato romano. Lo Stato infatti assegnava terre in proprietà individuale sua e non collettiva dei cittadini. Codesto decreto costituiva piuttosto un'aggiudicazione tra comproprietari che un'assegnazione.

[1] L'interdizione punì per lungo tempo la dispersione dei soli beni aviti. La diseredazione dei figli era fatta dal *paterfamilias* ad arbitrio. La necessità di questa, per escludere i figli dall'eredità, e la possibilità di quella non sono argomenti sufficienti per parlare di una proprietà famigliare.

§ 77. — Specie di proprietà.

In una qualsiasi legislazione non può esistere che una sola specie di proprietà, perchè la proprietà ha sempre lo stesso contenuto.

La scienza riconosce tuttavia come esistenti nel diritto romano più specie di proprietà. Sono: la proprietà *ex iure quiritium,* detta anche civile o romana; la pretoria, la provinciale, la peregrina. Questa pluralità di dominii non dipende che dalla pluralità di legislazioni che, in relazione a certe epoche, vanno sotto l'unico nome di diritto romano.

Il diritto della città, come risulta dalle sue leggi o dalle fonti equivalenti alla legge, non conosce, come si è detto, che la prima di codeste proprietà. Ne sono capaci soltanto i cittadini e i peregrini forniti di *ius commercii;* possono esserne oggetto tutte le cose mobili e delle immobili soltanto i fondi inscritti in una tribù; non si acquista che per certi modi predeterminati dal diritto civico; è difesa con *rei vindicatio* e con azione negatoria.

Ma Roma permise che il Pretore costituisse una nuova legislazione, accanto alla civile, ossia il diritto pretorio. E il Pretore innovò profondamente anche in materia di dominio, creando una nuova proprietà designata dagli antichi col nome di *in bonis esse,* dai moderni con quello di « proprietà pretoria. » Le *res mancipi* non si trasmettevano ad altri che per via di *mancipatio* e di *in iure cessio* secondo il diritto civile. Posto ora che il proprietario ne avesse invece fatta mera tradizione in base ad una *iusta causa,* il Pretore tutelava con l'*exceptio rei venditae et traditae* l'acquirente contro la rivendicazione che il proprietario alienante facesse della cosa rimasta sua per diritto civile e gli accordava inoltre un'azione, l'*actio Publiciana* [1] in funzione di rivendicazione o di azione negatoria, movendo dalla finzione che avesse usucapita la cosa. Così costui, senza essere proprietario, disponeva

---

[1] V. il § 97.

della cosa, come se lo fosse.[1] Salvo il modo d'acquisto, la proprietà pretoria soggiaceva a tutti i requisiti propri della civile. Il *nudum ius quiritium* (così diceasi il dominio civile su di una cosa, quando su questa sussisteva la proprietà pretoria) produceva ancora qualche effetto, ma di secondaria importanza.[2]

La proprietà provinciale sussiste nel diritto che Roma dettò per le provincie. Verso la fine della repubblica, a quanto pare, divenne idea comune che il suolo provinciale, a cui si oppone per antitesi l'*ager romanus*, fosse proprietà dello Stato. Questo però permetteva che si godesse dei fondi provinciali come se se ne fosse proprietari. Codesta proprietà, a designare la quale i Romani non hanno un termine tecnico (Gaio è incerto tra chiamarla *possessio* o *ususfructus*;[3] nelle leggi la si designa colla formula *habere possidere frui licere*), avea la stessa estensione del dominio civile, benchè fosse protetta in modi diversi. La sua natura di non dominio si rivelava soltanto in questo che i possessori del suolo provinciale doveano pagare un tributo periodico detto *stipendium* nelle provincie del Senato, *tributum* in quelle dell'imperatore.

La proprietà peregrina sussiste nel diritto che i magistrati romani applicavano ai peregrini. Questi, quando fossero sforniti di *ius commercii*, non erano tuttavia lasciati da Roma senza protezione nel godimento dei loro beni. Invece erano da essa protetti o con azioni

---

[1] Salvo lievi restrizioni. Ad es. non può legare la cosa *per vindicationem*. — Vanno presso i moderni sotto il nome di proprietà pretoria altri casi. Principali sono: l'aggiudicazione fatta in un *iudicium imperio continens*, la *missio ex secundo decreto*, la *ductio iussu praetoris*, la *sublucatio arborum*, la *bonorum emtio*, la *bonorum possessio cum re*, la restituzione dei beni per semplice patto in forza del S. C. Trebelliano e l'*addictio bonorum* permessa da Marco Aurelio (Inst., 3, 11). Non sempre però in questi casi si ha la stessa situazione descritta nel testo.

[2] Vedemmo che la manomissione del proprietario bonitario non procurava al servo che la libertà pretoria prima, la latinità iuniana poi. Il titolare del *nudum ius quiritium* poteva, manomettendo anch'egli il servo, procurare a questo la libertà civile.

[3] 2, 7.

fittizie[1] o altrimenti[2] così pienamente come se ne fossero proprietari quiritari. Perciò anche la loro proprietà è indicata col mero nome di *dominium*.

In diritto giustinianeo, essendo abolita la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi*, resi capaci di proprietà civile anche i fondi provinciali, e scomparsa la condizione giuridica di peregrini nel senso classico del termine, non v' ha più che una sola proprietà, così come una sola esisteva nei primordi di Roma.

§ 78. — Limiti legali del dominio.

Diamo il nome di limiti legali del dominio alle limitazioni poste dalla legge all'esercizio della proprietà fondiaria[3] o nel suo lato positivo o nel suo lato negativo; consistenti quindi in un divieto fatto al proprietario di fare alcun che nel suo fondo, o nell'obbligo impostogli di tollerare che altri faccia alcun che in esso.[4] I moderni qualificano tutti i limiti legali o molti tra essi per « servitù

---

[1] *Actio furti, actio legis Aquiliae*, in cui si fingeva ai peregrini la città.

[2] Informazioni sui mezzi di tutela, a parte quelli menzionati nella nota precedente, mancano. Si suppone che fosse loro accordata come fittizia la *rei vindicatio*.

[3] Non giova accomunare nella stessa idea di limite legale del dominio i limiti della proprietà fondiaria e quelli posti alla proprietà sui servi, perchè questi limiti sono della *potestas* anzi che del *dominium*. Nè si potrebbe oggi opportunamente inscrivere tra i limiti legali del dominio il divieto ad es. di maltrattare i nostri animali. L' idea di limite legale del dominio va mantenuta nel suo terreno storico che è la proprietà fondiaria.

[4] Escludiamo l' idea di limite legale del dominio dove il proprietario è tenuto a fare; non è perciò un limite legale il dover pagare l' imposta fondiaria, il dover prestare la *cautio damni infecti*. Per altro motivo non è un limite legale il non poter togliere dal fondo altrui i materiali nostri inclusivi. La legge che stabiliva questo mirava al contrario a vietare l' invasione della cosa altrui per fare che sorgesse novamente una cosa nostra, cui rivendicare. L'espropriazione per causa di pubblica utilità che il diritto romano forse conobbe sempre, certo conobbe in età tarda, non è limite del dominio perchè non lo limita, ma lo distrugge.

legali. » I Romani non diedero il nome di *servitus* a nessuno.[1] Vedremo la ragione del fatto a suo luogo.

Il diritto romano non conobbe alle origini alcun limite legale del dominio. Nè poteva essere diversamente, in causa dello sviluppo storico descritto della proprietà fondiaria.[2] Il punto di partenza del diritto è che ogni proprietario fa ciò che vuole nel suo fondo; basta che si astenga dall'invadere il fondo altrui entrandovi o immettendovi delle cose. Per usare un termine del diritto internazionale, che descrive colla norma anche il carattere e la ragion sua, sono impediti gli « sconfinamenti » personali o reali. Ma via via che la proprietà fondiaria perdette il suo carattere politico di sovranità territoriale per assumere quello di diritto patrimoniale, i limiti legali sorsero e a partire da una certa epoca si moltiplicarono rapidamente.[3] Li enumereremo, considerando anche quelli, l'esistenza dei quali è discussa, e senza seguire la distinzione comune di limiti stabiliti nell'interesse pubblico e di limiti stabiliti per rendere compatibili e più proficui l'esistenza e l'esercizio di proprietà contigue (così detti « diritti di vicinanza »), perchè troppo spesso i due riguardi si confondono.

---

[1] In un paio di testi, dove si trova chiamato *servitus* un limite legale, il termine è interpolato. Ai Romani manca una qualsiasi designazione collettiva dei limiti legali.

[2] Gli agri gentilizi come in proprietà-sovranità collettiva delle genti non poteano soggiacere a limitazioni reciproche che per atto privato corso tra genti. Lo Stato non era infatti ancora formato. I fondi famigliari ereditarono da quelli il carattere come di territorii in sovranità del *paterfamilias*. E lo Stato era troppo debole per intervenire a diminuire questa sovranità con limiti da esso stabiliti. È pensabile che già entro gli agri gentilizi si stabilissero dei freni all'esercizio delle facoltà di godimento dei singoli fondi assegnati, nel senso già esposto, alle famiglie. Ma questi limiti doveano in ogni caso sparire colla divisione giuridica degli agri stessi.

[3] Onde nulla è più assurdo dell'affermazione così comunemente ripetuta che nel diritto romano la proprietà si presenti come un potere assoluto e sfrenato su di una cosa. Al diritto romano va data invece la doppia lode: di non aver impacciato la libertà dei proprietari fondiari nel godimento dei loro fondi oltre il necessario; ma di averla anche sacrificata alle esigenze della convivenza sociale per tutto il necessario.

a) *Limes*. I fondi in proprietà privata erano originariamente *limitati*.[1] Tutto il territorio caduto in proprietà privata si trovava infatti diviso conformemente alle regole dell'arte agrimensoria in quadrati o rettangoli, secondo che la *limitatio* si faceva nella forma di *centuriatio* oppure di *strigatio* o *scamnatio*. Intorno ad ogni quadrato o rettangolo correva una via (*limes*) che per norma antichissima era ampia cinque piedi ed era *res sancta*. Molti insegnano tuttora che il confine di ognuno di questi appezzamenti, che in origine costituivano quanto al dominio un unico fondo, andava sino a mezzo del *limes*, così che il terreno di questo era in proprietà privata; soltanto non potea essere coltivato, ma dovea restare aperto al pubblico passaggio ed era sottratto all'usucapione. È da ritenere invece che i *limites* fossero vie pubbliche. La teoria comune sembra reggere invece, esclusa la santità, per le vie (*fines*) ampie cinque piedi che in seguito divisero i fondi di diversi proprietari entro i singoli appezzamenti e per quelle ampie cinque o sei piedi prescritte dalla legge *Mamilia* fra *agri arcifinii*, però solo nel caso che fossero entrati in proprietà privata, altrimenti erano pubbliche.

b) *Ambitus*. Chi concepisce la condizione giuridica del *limes* così che essa importerebbe un limite legale del dominio, concepisce allo stesso modo quella dell'*ambitus* ossia della via ampia cinque piedi che girava intorno ad ogni *domus* in origine e poi ad ogni *insula* (casa d'affitto); noi riteniamo che anche l'*ambitus* fosse via pubblica.

c) *Interdictum de arboribus caedendis*. L'albero è sempre di colui nel fondo del quale nasce anche se immette le radici nel fondo altrui, perchè le radici non sono considerate che come accessioni della pianta. Si è affermato che il proprietario è obbligato a tollerare che le

---

[1] Agli *agri limitati* si oppongono gli *occupatorii* o *arcifinii*, detti così da ciò che *arcentur fines eorum obiectu fluminum, montium, arborum*. Erano terreni incolti in Italia che lo Stato, che ne era proprietario, lasciava occupare da singoli cittadini coll'obbligo di pagargli una quota dei frutti. Questi terreni passarono poi via via sulla fine della repubblica e al principio dell'impero in piena proprietà dei privati.

radici dell'albero altrui invadano il suo fondo, finchè non nuocciano al suo edificio. Noi crediamo invece che il proprietario potesse sempre agire colla *negatoria*, perchè fossero rimosse. Un reale limite del dominio si ha invece nel caso che un albero protenda i suoi rami nel fondo rustico altrui. Per disposizione delle XII tavole il vicino leso poteva infatti esigere che fossero tagliati i rami più bassi di quindici piedi. Il che significa che l'*immissio* degli altri doveva essere da lui tollerata. L'azione con cui si esigeva l'abbattimento dei rami inferiori era la *negatoria*. Il pretore accordò per lo stesso caso l'*interdictum de arboribus caedendis*. In forza di questo il vicino poteva intimare al proprietario della pianta di abbattere i rami inferiori e se l'intimazione non era obbedita, poteva abbatterli egli stesso ritenendosi la legna. Se un albero sporgeva coi rami sull'edificio altrui, il proprietario del fondo invaso poteva per un altro interdetto di ugual nome intimare al vicino di svellerlo, e se l'intimazione non era obbedita, poteva svellerlo egli stesso, ritenendosi la legna. In tanto si ha nei due interdetti una limitazione del dominio, in quanto il vicino è autorizzato ad un'invasione del fondo altrui e ad agire su di una parte (l'albero) di esso.[1]

d) *Interdictum de glande legenda.* Il proprietario dei frutti caduti dal suo albero nel fondo del vicino può costringere questo coll'*interdictum de glande legenda* a lasciarlo entrare a raccoglierli, se esistono ancora, *tertio quoque die*, frase d'interpretazione incerta, ma che più ragionevolmente va intesa « ogni terzo giorno. » Esistano, o non esistano più i frutti per dolo del vicino, il loro proprietario può anche agire coll'*actio ad exhibendum* perchè gli siano presentati, il che torna a dire perchè sia lasciato ancora entrare a raccoglierli se esistono, o gli sia pagato l'interesse a che li potesse raccogliere, se non esistono. La stessa azione serviva ad ottenere di poter

[1] Se un albero era inchinato dal vento sul fondo altrui si potea farlo rimuovere mediante un'azione derivante dalle XII tavole e con gli interdetti *si arbor in alienas aedes* o *si arbor in alienum agrum impendebit.*

entrare a prendere altre cose nostre, che si trovassero nel fondo altrui. Non competendo l'azione che contro chi possiede o chi *dolo fecit quominus possideret* non era esperimentabile che allora quando il proprietario del fondo avesse saputo di avere i frutti o codeste altre cose nel suo fondo. Non verificandosi questa ipotesi, allora, trattandosi di cose diverse dai frutti (p. es. un tesoro da noi nascosto nell'altrui fondo) si accordava un'azione *in factum* per entrare a prenderle dietro giuramento *non calumniae causa id postulare* e, occorrendo, dietro prestazione della *cautio damni infecti.*

e) *Sporgenza del muro.* È una limitazione introdotta da Giustiniano e consiste nel dover un proprietario tollerare che il muro del vicino sporga per meno di mezzo piede nel suo fondo.[1]

f) *Immissione di materie nel fondo altrui.* Ogni proprietario è tenuto a sopportare quelle modiche immissioni di materie partenti da un fondo vicino che sono presso che inevitabili e che dipendono dall'uso normale dei fondi. Così deve sopportare che da una cucina entri nel suo fondo un po' di fumo, o da una stalla un po' di cattivo odore, che la sua parete sia penetrata di umidità, perciò che il vicino lava i pavimenti delle sue stanze, o tiene addossato alla parete stessa un bagno. Invece può respingere l'immissione se, essendo eccessiva, nuoce seriamente al suo fondo; così può impedire che si immetta l'enorme fumo prodotto in uno stabilimento industriale (ad es. una *taberna casiaria*);[2] che il vicino tenga costantemente impregnata di umidità la parete di lui con l'adiacente latrina; che cadano nel suo fondo i frammenti di pietra che partono da un altro ove si lavora nella pietra, ecc.

---

[1] In l. 17, pr. D. 8, 5. Alfeno avea scritto in conformità al principio che ogni *immissio* è vietata: *si quando inter aedes binas paries esset, qui ita ventrem faceret ut in vicini domum procumberet, agi oportet ius non esse illum parietem ita proiectum in suum esse invito se.* Giustiniano interpolò tra *domum* e *procumberet* le parole *semipedem aut amplius.*

[2] In l. 8, § 5, D. 8, 5. Sono interpolate le parole *nisi ei rei servitutem talem admittit.*

g) ***Regolamenti sulla costruzione di edifici e sull'uso dei loro materiali.*** Sino almeno dal tempo di Nerone fu prescritto che nel costruire un edificio si dovessero mantenere certe distanze. Augusto primo ordinò che non si potessero erigere edifici più alti di settanta piedi. Vari senatusconsulti e leggi regolatrici della vita comunale vietarono l'abbattimento di edifici per alienarne i materiali. Quanto più ci inoltriamo nell'impero e specialmente nell'età della decadenza le costituzioni imperiali dirette a regolare le costruzioni e a curarne la conservazione si moltiplicano. Non giova riferire le singole norme. Citiamo solo come caratteristica una disposizione di Giustiniano, colla quale, estendendo a tutte le città marittime una disposizione anteriore di Zenone emanata per Costantinopoli, stabiliva: *non posse aliquis intra centum pedes prohibere maris aspectum rem gratissimam.* In genere la tendenza della legislazione della decadenza è di mantenere intatta *formam ac statum antiquorum aedificiorum* e in ogni caso di non permetterne alterazioni troppo gravose, specie nei riguardi della luce, ai vicini. Mira alla custodia di un interesse agricolo la disposizione giustinianea che nessuno edifichi in modo da togliere all'aia del vicino la corrente d'aria necessaria a separare la paglia dal grano.

h) *Mantenimento del passaggio.* La l. 41, D. 8, 2, com'è interpolata da Giustiniano, fa obbligo al legatario di una casa di lasciar passare l'erede per essa, se vi passava prima, purchè ciò non nuoccia al legatario.

i) *Atti di emulazione.* Per lungo tempo si è sostenuto che il diritto romano abbia vietato a chi ha un diritto di esercitarlo, quando gli atti d'esercizio fossero fatti *animo nocendi*, ossia senza o con minima utilità propria allo scopo precipuo di nuocere ad altre persone. Chi si oppone ad essi deve, secondo questa teoria, provare l'animo di nuocere, eccettuati certi casi, in cui c'è una presunzione *iuris tantum* che l'animo esista, nel qual caso è l'autore dell'atto che deve eliminare la presunzione.[1]

[1] Questa teoria, accennata nella glossa, si formò al tempo dei postglossatori, dilagò nel 500 e fu accolta poi sempre dalla dottrina,

Agli atti in discorso fu dato il nome di atti di « emulazione, » prendendo la parola da un testo, ove però essa sta meramente nel senso di gara.[1] Fortunatamente la teoria è nella scienza romanistica italiana caduta. I Romani affermano recisamente che chi sta nei limiti del suo diritto non è responsabile di nulla.[2] In particolare circa alla proprietà scrivono: *in suo enim alii hactenus facere licet quatenus nihil in alienum immittat.* Il principio è applicato in parecchie sentenze in cui, mentre si contempla casi di danno dato al vicino nell'esercizio della proprietà, si dichiara che questi non ha azione per il danno subito, senza punto accennare all'intenzione con cui la proprietà fu esercitata. Nè v'ha sentenza alcuna che provi il contrario. La più parte dei testi citati in questa materia si riferisce alle acque. E vi fu chi, pur ripudiando in generale la teoria comune rispetto agli atti di emulazione, ammetteva tuttavia che in materia d'acque reggesse. In realtà anche questo non è. Le cose stanno in proposito al modo seguente.

Il diritto romano classico non disponeva in materia d'acque che in base ai concetti di dominio, di servitù, di godimento di fatto in corso, così che chiunque, a parte l'*actio aquae pluviae arcendae*, di cui diremo, poteva alterare con opere nel suo fondo il corso delle acque a danno del vicino e i godimenti, a qualunque titolo, delle acque erano regolati senza riguardo al bisogno che l'acqua sia tutta utilizzata a pro del maggior numero di fondi. Giustiniano pensò bene di rimaneggiare tutta questa ma-

---

dalla giurisprudenza forense e dalla legislazione, quantunque oppositori ad essa non siano mai mancati. Tra le presunzioni accennate nel testo si trovano nella dottrina messe in rilievo queste: che i vicini siano di carattere proclive alle risse e che uno sia solito ad agire per far dispetto all'altro.

[1] Il testo è: l. 3, pr. D. 50, 10; il termine *aemulatio* nello stesso senso di gara si trova anche in l. 1, C. 12, 58

[2] *Nullus videtur dolo facere qui iure suo utitur — dolo malo non videtur habere qui iure suo utitur — iuris exsecutio non habet iniuriam — nemo damnum facit nisi qui id facit quod facere ius non habet — neque enim existimari operis mei vitio damnum tibi dari in ea re, in qua iure meo usus sum.*

teria delle acque, introducendo un nuovo regime di esse opposto al classico e dominato tutto da un pensiero di utilità sociale. Egli prende come punto di partenza l'attuale distribuzione delle acque ed ordina che nessuna alterazione si rechi in essa se l'alterazione non giova a chi per il diritto suo potrebbe compierla e nuoce invece al vicino. Questo nuovo regime delle acque egli lo introdusse mediante interpolazioni, in parecchie delle quali si fa in modo infelice menzione dell'*animus nocendi* o meno di chi fa le opere. In realtà però l'*animus nocendi* non è menzionato per impedire l'atto, se codesto animo esiste e concederlo se non esiste. In tutte le leggi si suppone invece il nocumento effettivo, e se il nocumento c'è, l'atto è vietato anche se l'intenzione è buona, e se non c'è, è permesso anche se l'intenzione sia cattiva. Così il diritto romano si può dir mondo dell'esistenza di questo divieto che soddisfa la sentimentalità, ma che è contrario al buon senso giuridico.[1]

k) *Passo necessario.* Il diritto romano non accordò mai ai proprietari di fondi circondati da altri il diritto di passare per giungervi a traverso il fondo altrui. Per l'esistenza dei *limites* e dei *fines* l'interclusione di un fondo era un fatto raro. Dove tuttavia si verificasse, sembra

---

[1] Si cercò di giustificare il principio in linea filosofica dicendo che i diritti sono attribuiti alle persone perchè se ne avvantaggino e non perchè danneggino gli altri. In particolare si disse attribuita a quel fine e non a questo la proprietà. Ed è precisamente nel campo della proprietà che si fecero le più larghe applicazioni del divieto di atti di emulazione. A questo argomento si risponde che il diritto positivo può o non può attribuire dei diritti, ma quando li abbia attribuiti in una determinata estensione obbiettiva, il ricercare l'intenzione colla quale sono esercitati, per permetterne l'esercizio se è buona, e per vietarlo se è cattiva, importa distruggere ogni sicurezza nell'esercizio loro, aprire il varco all'arbitrio del giudice, e a tutti i cavilli delle persone che si trovino danneggiate dall'esercizio dell'altrui diritto e dare a queste un beneficio, che non traggono da un diritto loro, ma dall'intenzione con la quale è esercitato da altri il diritto proprio. Quanto diciamo sulla teoria degli atti d'emulazione vale anche per l'altra recente dell'« abuso del diritto, » che non è se non un travestimento di quella.

che normalmente il proprietario del fondo circondato ottenesse l'accesso con servitù accordate volontariamente o imposte in occasione dei giudizi divisorii dal giudice o mediante concessioni precarie. Per i pochi casi in cui non si era provvisto all'accesso in codesti modi, il nostro diritto non credette di vincolare la proprietà con una limitazione legale così onerosa com'è la servitù legale di passaggio attuale. Il diritto giustinianeo presenta però un'eccezione. La l. 12, pr. D. 11, 7 contiene un rescritto dell'imperatore Antonino *cum patre,* in cui si dice che se alcuno non può giungere ad un suo sepolcro, perchè non ha una servitù d'*iter* ad esso e il vicino gli impedisce di andarvi, è d'uso che chieda ed ottenga l'*iter ad sepulchrum* in via precaria. Alla citazione del rescritto segue una interpolazione, in cui Giustiniano prescrive per codesto caso che chi ha il sepolcro possa rivolgersi al preside della provincia, il quale costringerà il proprietario del fondo in cui è il sepolcro ad *iter praestare* (frase che va interpretata nel senso di concessione di un diritto) nel modo a lui meno incomodo, dietro il pagamento di un giusto prezzo. La norma s'inspira a un sentimento religioso. Perciò non la si può estendere ad altri casi d'interclusione di fondi.

j) *Actio aquae pluviae arcendae.* Quest'azione sancita nelle XII tavole nella sua figura originaria era sperimentabile dal proprietario di un fondo contro il proprietario vicino, il quale con opere dirette a modificare la conformazione del suolo ottenesse che nel fondo del primo entrasse o restasse una maggiore quantità d'acqua piovana di quella che vi sarebbe entrata o rimasta, lasciando il suolo nello stato in cui era o naturalmente o per la forma ricevuta mediante opere eseguite da epoca immemorabile. Coll'azione otteneasi dal vicino ora che rimettesse, ora che lasciasse rimettere le cose in pristino. Questa protezione era insufficiente ai bisogni dell'agricoltura, perchè era vietato aumentare l'influsso dell'acqua piovana, ma non diminuirlo, e perchè se l'alterazione dello scolo di essa accadeva per fatto naturale l'azione cessava. Nell'uno e nell'altro rispetto arrecò in questa materia

notevoli modificazioni al vecchio diritto Giustiniano, mediante norme dirette a far sì che lo scolo dell'acqua piovana avvenga col maggior riguardo agli interessi di entrambi i vicini.

l) *De rogo bustove novo.* Per una prescrizione delle XII tavole nessuno può seppellire nè cremare cadaveri che fuori di città a 60 piedi di distanza dall'abitato. La disposizione avea scopo igienico per una parte e per l'altra quello di evitare facili incendi, dato il materiale con cui erano fatte le primitive case romane. Essa importa una limitazione legale del dominio in quanto resta impedito al proprietario di un fondo situato *in urbe* o vicino ad essa di utilizzarlo per la cremazione o il seppellimento.

m) *Uso delle rive.* La riva di un fiume pubblico per la parte che si trova sopra la linea segnata dalla massima piena può essere in proprietà privata, perchè non fa parte del fiume. È ora stabilito che i proprietari confinanti con un fiume pubblico devano concedere l'uso della riva a chiunque per quanto è necessario alla navigazione e al commercio fluviale.

n) *Prestazione di via pubblica.* I proprietari di fondi confinanti con una via pubblica devono, se questa è distrutta, *viam praestare,* lasciare cioè che si faccia una via per i fondi stessi. Le nostre fonti ci lasciano incerti sulle modalità di questa limitazione.

o) *Divieto di estrarre cadaveri.* Se fu sepolto un cadavere nel fondo altrui, senza il consenso del proprietario, fu stabilito al tempo di Labeone che non potesse esserne tolto senza il permesso dei pontefici o del principe; contro i disobbedienti è sperimentabile l'*actio iniurarum.*

p) *Miniere.* Circa ai minerali il principio fondamentale seguito sempre dai Romani si è che chi è proprietario del suolo è anche proprietario del sottosuolo e quindi dei minerali contenuti in esso a qualunque profondità.[1]

---

[1] Le diverse teorie che il sottosuolo fosse *res nullius* oltre al punto in cui è necessario per l'utilizzazione del soprasuolo, o che fosse *res omnium communis* non hanno alcuna base nelle fonti.

Nessuno potea perciò ricercare e scavare minerali nel fondo altrui senza il permesso del proprietario. L'imperatore Graziano per primo stabilì (a. 382) che ognuno potesse far ciò, pagando come *solarium* un decimo del prodotto al proprietario ed un decimo al fisco.

Capo III.

ACQUISTO E PERDITA DEL DOMINIO. AZIONI E CAUTELE A SUA DIFESA. — CONDOMINIO.

§ 79. — **Dei modi d'acquisto del dominio in generale.**

Il dominio si acquista o per modi generali d'acquisto, principale fra i quali è la successione ereditaria, o per modi particolari. Noi qui non considereremo che i secondi e non tutti; ometteremo infatti quelli che sono meglio esposti in altre parti del sistema, com' è ad es. l'acquisto per legato.[1]

---

[1] Il nostro discorso riflette soltanto i modi d'acquisto della proprietà civile. I modi d'acquisto della provinciale sono i modi naturali d'acquisto della civile. Sui modi d'acquisto della peregrina nulla sappiamo, ma in generale è da ritenere che Roma avesse riguardo ai diritti della città a cui in linea di diritto o di fatto apparteneva il peregrino e che sancisse per i peregrini apolidi i modi d'acquisto naturali. Infine contempliamo soltanto i modi privati d'acquisto e non i pubblici, ossia i modi d'acquisto dallo Stato, perchè l'esposizione di questi cade nel campo del diritto pubblico. Ci limitiamo a ricordare soltanto, senza entrare in particolari, che lo Stato alienava le sue terre o vendendole (*ager quaestorius*) o cedendole gratuitamente sia ai membri di una colonia (*ager divisus et adsignatus*) che a singoli cittadini (*ager viritanus*), o attribuendole in proprietà a chi le occupava già, come avvenne degli *agri arcifinii* sulla fine della repubblica e i primi tempi dell'impero. Lo Stato alienava anche cose mobili; così donava parte del bottino ai soldati; vendeva i prigionieri di guerra (*emptio sub corona*). Talora alienava masse di beni (*bonorum sectio*) ad es. i beni dei condannati.

Tra i modi particolari d'acquisto gl'interpreti fecero diverse categorie principali e secondarie, prendendo a base diversi criteri.[1]

Merita fra queste di essere qui considerata la partizione in modi « derivativi » ed « originarii » d'acquisto. Diconsi derivativi quelli nei quali è non soltanto presupposto ma ragione dell'acquisto che la cosa sia, quando si acquista, d'altri. Diconsi originarii quelli nei quali la proprietà d'altri della cosa in codesto momento, se anche talora costituisce un presupposto, non costituisce mai una ragione dell'acquisto. Sono esempi dei primi: la mancipazione, la tradizione; dei secondi l'occupazione, l'usucapione.[2] L'importanza pratica della distinzione sta in ciò che chi invoca un modo derivativo d'acquisto deve provare che la cosa era immediatamente prima di una data persona, che dicesi « autore. »[3] Chi invece invoca un modo

---

[1] Così si distinguono ad es. acquisti da privati o dallo Stato; acquisti che si verificano mediante presa di possesso o senza; acquisti colla o senza la volontà dell'attuale proprietario; acquisti del diritto civile e delle genti. Sulla prima distinzione abbiamo parlato alla nota precedente; delle altre le due prime non hanno alcun valore storico nè dogmatico. L'ultima è storicamente importante; ma poichè essa non è che un aspetto dell'antitesi fra *ius civile* e *ius gentium,* di cui abbiamo lungamente parlato, non giova considerarla a questo luogo. Gaio dà molta importanza alla qualità di civile o naturale del modo d'acquisto; egli scrive infatti che alcune cose si alienano per diritto civile, altre per diritto naturale (2, 65) e ricorda sempre per ogni modo d'acquisto del dominio la sua qualità di civile o naturale. Ma è da ricordare che egli non espone solo come si acquista il dominio; ma come si acquistano le *res* così corporali che incorporali, in quanto il modo che vale per quelle valga anche per queste. E per alienazione intende anche le alienazioni costitutive (concessione ad es. di un usufrutto) e l'usucapione. La partizione in discorso fu invece posta a base della trattazione dei modi d'acquisto del dominio dai compilatori, quando mancava ogni ragione di far ciò.

[2] La proprietà altrui è mero presupposto dove il modo d'acquisto è regolato in relazione all'ipotesi che la cosa fosse d'altri, ma si può invocare anche dove l'ipotesi non si verifica, perchè l'ipotesi stessa non costituisce una ragione dell'acquisto. Questo è appunto il caso dell'usucapione. Nell'occupazione la proprietà altrui non è ragione, nè presupposto dell'acquisto; è invece condizione di esso che la cosa sia di nessuno.

[3] Di qui, data una serie di modi derivativi d'acquisto, per i quali la cosa passò d'una mano all'altra, la necessità di dar la prova

originario non ha bisogno di provare la proprietà anteriore di nessuno.[1] Non è esatto che mediante i modi originarii si acquisti una proprietà libera da pesi e mediante i derivativi coi pesi ad essa inerenti. Sia chi occupa un servo *sine domino* gravato di usufrutto, sia chi usucapisce un fondo soggetto a servitù acquista codeste cose rispettivamente coll'usufrutto e colla servitù.

Nella trattazione dei singoli modi d'acquisto noi considereremo prima quelli, mediante i quali si compiva il commercio delle cose già in età antica. Quindi tutti gli altri, cominciando dall'occupazione, in un ordine determinato più che altro da affinità d'ipotesi e di ragione dell'acquisto.

§ 80. — *Mancipatio.*

La *mancipatio* è originariamente, come si è detto più volte, l'atto di alienazione di tutte le cose o persone soggette alla *manus* collettiva di una gente fuori della gente stessa. Scioltesi le genti in famiglie, essa servì a fondare all'interno dello Stato diversi diritti: *manus, patria, dominica* e *quasi dominica potestas*, servitù rustiche, *dominium*, e, in forma di *mancipatio familiae*, la situazione come di erede. In seguito, avendo la città abolito la facoltà di alienare i proprî servi e figli in figli, essendosi la *mancipatio* a scopo di *conventio in manum* trasformata in *coemptio*, e la *mancipatio familiae* in *testamentum per aes et libram*, la *mancipatio* servì a fondare soltanto la *quasi dominica potestas*, le servitù rustiche

---

del dominio di tutti gli autori (*probatio diabolica*). Ma non è a credere che il giudice romano la esigesse rigorosamente. In ogni caso chi potea dimostrare che si erano verificati a suo favore i requisiti dell'usucapione era dispensato da simile prova.

[1] Il guaio, se è un guaio, della partizione è di non essere esauriente. V'ha modi d'acquisto che non sono originarii, nè derivativi. Sono tutti quelli, in cui l'acquirente acquista una cosa in forza della sua proprietà su di un'altra; ricordo ad es. l'acquisto dei frutti per parte del proprietario della cosa madre. Non crederei che giovasse modificare la nozione di acquisto derivativo per comprendervi anche questi casi.

e il *dominium*, coll'annessa *dominica potestas* trattandosi di servi. Noi qui non abbiamo che a considerarla come modo di acquisto del *dominium* sulle *res mancipi* corporali.[1]

La *mancipatio* era da prima una vendita reale: scambio immediato di una cosa contro un prezzo, che, non esistendo ancora moneta coniata, consisteva in una quantità di *aes rude* pesato e consegnato all'altra parte. La perdita del dominio avea la sua *causa* nel prezzo acquistato.[2] Distintasi in seguito la vendita come accordo nello scambio dallo scambio, e introdotta la moneta coniata, la *mancipatio* non fu più vendita nè scambio, ma un atto simbolico, una *venditio imaginaria*, con cui si trasmette il dominio e che non esige la consegna della cosa, nè il pagamento del prezzo. Dove però le parti intendessero di alienare per un prezzo serio, il dominio non era trasmesso colla *mancipatio* che se era ricevuto in pagamento fuori dell'atto della *mancipatio* stessa, o se veniva creditato.[3]

---

[1] È in forza del carattere originario espresso nel testo e non di una diversità di natura del dominio, secondo che si tratta di *res mancipi* o *nec mancipi*, perdurante pur dopo sorta la proprietà individuale, che la *mancipatio* non fu mai applicabile alle *res nec mancipi*.

[2] Il prezzo era alle origini un vero prezzo determinato da una contrattazione seria su di esso. Potè non esser tale, da quando la *mancipatio* fu volta a fini diversi dallo scambio (*noxae datio, conventio in manum*, garanzia di un credito, custodia di una cosa, altri casi di fiducia, dote, donazione), che avrebbero importato la mera consegna della cosa senza un equivalente. Prima che la *mancipatio* divenisse un atto meramente simbolico, essa potè servire a codesti scopi, col ridurre il prezzo a una quantità irrisoria di *aes*.

[3] Così, quando la vendita immaginaria si accompagna ad una effettiva, si ripristina la condizione di cose propria della *mancipatio* primitiva, ossia che la proprietà non passa se non è dato il prezzo. La sola differenza si è che, per lo sviluppo del credito, equivale al pagamento del prezzo il suo creditamento. Quando non si accompagnava, i Romani fingevano, trattandosi di donazione, ancora che si accompagnasse, dichiarando nel documento dell'atto che si era comprato *nummo uno*, ossia per un sesterzio. Il *nummus unus* corrispondeva alla quantità irrisoria di *aes*, di cui si parlò alla nota precedente. La menzione del *nummus unus* avea in tale caso lo scopo di annullare la responsabilità per l'evizione. Invece di *nummo uno* si usava anche dire *unciis duabus*.

La *mancipatio* si compiva al modo seguente: presenti l'alienante, l'acquirente, cinque testimoni,[1] un libripende colla bilancia,[2] la cosa da alienare se era mobile,[3] l'acquirente diceva: *hunc ego hominem* (o *fundum* etc.) *meum esse aio isque mihi emtus est hoc aere*[4] *aeneaque libra.* O il libripende o l'alienante gli diceva allora *raudusculo libram ferito;* l'acquirente obbediva all' invito battendo la bilancia con un pezzo di *aes rude* (*raudusculum*) che consegnava all'alienante *quasi pretii loco* e con ciò la cerimonia era compiuta.[5]

La sua semplice solennità, il simbolismo espressivo, la comodità che offriva di trasferire il dominio d' immobili senza averne il possesso e dei mobili senza bisogno

---

[1] Sono cinque, perchè formano così una mano (V) di testi. I testi doveano essere cittadini romani, maschi, puberi, di buona fama, non sordi, non muti. Il primo tra essi diceasi *antestatus.*

[2] Il libripende interviene come terzo, che deve imparzialmente pesare il prezzo. Dovea avere le stesse qualità dei testimoni.

[3] Nell'età imperiale si possono mancipare gli immobili anche assenti. Riteniamo però che anteriormente il fondo dovesse essere rappresentato da una zolla e che alle origini la *mancipatio* non potesse compiersi che sopra il fondo. Se la cosa che si mancipava era mobile, l' acquirente, pronunciando la formula citata nel testo, dovea tenervi sopra la mano. Di qui l' impossibilità di fare un'unica *mancipatio* per un numero di mobili superiore a *quot manu capi possint* secondo Ulp. 19, 6. Invece, non dovendo essere la cosa immobile presente, si poteva con un solo atto mancipare quanti immobili si volea.

[4] Non ci sembra fondata l' idea che la formula contenesse al posto dell'*hoc aere,* dato da Gaio (1, 119), l' indicazione del prezzo serio o altrimenti che l'acquisto accadeva *nummo uno.* In Paolo F. V. 50 si dice è vero: *empta est pretio;* ma Paolo deve aver tradotto con *pretio* la frase *hoc aere* per spiegarla o per modernizzarla. Dai documenti di mancipazione dove codeste indicazioni si trovano non si può desumere che esse stessero anche nella formula. Nè si può desumer ciò dal fatto che per determinare l'ammontare del credito da *obligatio auctoritatis* conveniva conoscere quale era il prezzo. Si potea infatti conoscerlo anche in altro modo.

[5] Per le modalità ora descritte la *mancipatio* porta anche il nome di *gestum per aes et libram.* Aggiungiamo che è l'unico *gestum per aes et libram.* Il *nexum* e il *testamentum per aes et libram* che usa presentare come altri due atti formanti colla *mancipatio* la categoria dei *gesta per aes et libram* non sono, come si vedrà, che modalità della *mancipatio.* Questa nelle fonti è anche chiamata *traditio nexu.*

di consegnarli e l'alta antichità sua resero la *mancipatio* uno degli istituti più cari ai Romani. Era ancora in uso nel quarto secolo della nostra era; scomparve però prima di Giustiniano.

Come appare dalle formule riferite, la *mancipatio* non ammetteva termini, nè condizioni; la loro aggiunta la annullava. Entra perciò nella categoria degli *actus legitimi.*[1]

L'alienante per una esplicita dichiarazione nei tempi remoti, poscia per il solo fatto di alienare si rendeva *auctor*, ossia garante che la cosa non sarebbe stata evitta all'acquirente.[2] Se questi era citato in giudizio e vi subiva la *rei vindicatio* rispetto alla cosa acquistata, poteva quindi esigere che l'alienante vi comparisse ad assumere le sue difese. Qualora questi non facesse ciò[3] o, nonostante l'aiuto prestato, la cosa fosse evitta, l'acquirente poteva sperimentare contro di lui un'azione di carattere penale diretta al doppio del prezzo pagato, a cui gli interpreti danno il nome di *actio auctoritatis*,[4] e i compilatori di *actio pro evictione.*

L'azione non poteva essere sperimentata che dentro un anno dall'acquisto di cosa mobile, entro due da quello d'immobile; perchè nell'anno e rispettivamente nei due l'acquirente diveniva col possesso proprietario della cosa per usucapione. Se l'acquirente agiva dopo codesto tempo,

---

[1] Papiniano però non la menziona nella enumerazione che fa di questi.

[2] Che in origine l'*obligatio auctoritatis* derivasse da una esplicita assunzione di garanzia si desume dal confronto cogli altri casi di *auctoritas* (*tutoris, patris* nel *votum* e nella *coemptio matrimonii causa*, dell'arrogando nell'arrogazione, del senato, del pretore negli interdetti) dove si ha sempre una dichiarazione dell'*auctor*. Il mancare ad un impegno assunto era poi perfettamente concepibile dagli antichi come un delitto. L'impegno trasformatosi in obbligo legale era primitivamente di prestar man forte all'acquirente nel caso di assalto per il ricupero della sua cosa da parte di chi pretendeva che fosse sua. Soltanto dopo costituiti i giudizi il dovere di soccorso militare si mutò in dovere di soccorso giudiziale.

[3] Gli antichi diceano in tal caso che l'alienante *auctoritatem defugiebat.*

[4] Come la chiamassero i Romani è ignoto.

l'alienante, all'età del processo formulare, godeva di un'eccezione detta *annalis exceptio italici contractus.*[1]

Alla *mancipatio* si soleva connettere nelle età storiche certe dichiarazioni dell'alienante che se erano fatte alla presenza delle persone vedute, immediatamente dopo seguita la *mancipatio* e se aveano stretta relazione con questa, producevano effetti giuridici. Le XII tavole ne sanzionavano la validità dicendo: *cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto.*[2] Esempi certi di simili dichiarazioni erano che il fondo era libero da servitù e che avea una data misura.[3]

Nel primo caso, se l'acquirente subiva una *vindicatio servitutis,* l'alienante dovea ancora prestare l'*auctoritas.* Se non la prestava o il convenuto rimaneva, non ostante la prestazione, soccombente, era passibile di *actio auctoritatis,* per la quale però dovea pagare soltanto *quanti minoris* l'acquirente avrebbe pagato la cosa, se avesse conosciuta l'esistenza della servitù. Probabilmente in processo di tempo l'azione a codesto scopo fu accordata, anche senza una promessa di libertà del fondo, quando l'alienante avesse conosciuto l'esistenza di servitù su di esso e non le avesse denunziate all'acquirente.[4]

---

[1] Intorno a questa eccezione menzionata nelle fonti bizantine tutto è oscuro.

[2] Il testo è però controverso.

[3] Vedemmo che quando la mancipazione avea altro scopo da quelli di trasferire il dominio, questo doveva essere espresso indicando che la figlia era mancipata in *loco filiae,* che il servo o il figlio era alienato in figlio; e per noi l'indicazione non era fatta nel contesto della *mancipatio* ma in aggiunta ad essa, nella *nuncupatio.* V'ha chi ritiene che le dichiarazioni aggiunte alle mancipazioni del dominio contemplate nel testo potessero essere altre. La questione è importante particolarmente rispetto alla deduzione di servitù o di usufrutto. Torneremo sull'argomento trattando di codesta deduzione.

[4] Siccome l'estinzione delle servitù per non uso od *usucapio libertatis* accade in due anni, così l'*auctoritas* in questo caso dovea durare due anni. Se invece di una servitù gravava sulla cosa alienata un usufrutto, ed era fatto valere, si ricadeva nel caso normale di *actio auctoritatis* per evizione, in quanto l'usufrutto vale come *pars rei.* Il tempo per l'estinzione dell'usufrutto per non uso corrisponde a quest'idea in quanto l'usufrutto si estingue appunto non

Nel caso che si fosse promessa una data misura del fondo e constasse che l'alienante *de modo agri mentitus est*, competeva all'acquirente l'*actio de modo agri* di carattere penale[1] per cui poteva esigere il doppio valore della parte mancante.

§ 81. — *Usucapio.*

Dovea accadere facilmente che la mancipazione in qualunque sua applicazione, si alienassero cioè cose corporali o altri oggetti (persone e diritti) mancipabili, non servisse a far acquistare la cosa mancipata, perchè non apparteneva all'alienante o era un diritto che questi non poteva costituire. In tal caso, finchè la mancipazione fu vendita reale, l'acquirente acquistava la disposizione di fatto della cosa ma non la giuridica, ed era esposto al pericolo che gli fosse opposta la nullità della mancipazione e si tentasse di sottrargli la cosa alienata.[2] L'opposizione e il tentativo, che avevano nella età storica carattere di litigio giudiziario, aveano nell'anteriore quello più grave di lotte armate fra genti. L'alienante potea essere costretto a parteciparvi come *auctor*. Per diminuire possibilmente queste lotte, s'introdusse nella pratica dei rapporti intergentilizi l'istituto dell'*usucapio* (da *usu-capio* = acquisto con l'*usus*). Si ammise cioè che il prolungato ininterrotto esercizio (*usus*), iniziatosi in conseguenza della stessa mancipazione e quindi col con-

---

essendo esercitato per un anno se grava cosa mobile, per due se grava un'immobile. Si ammette che l'*actio auctoritatis* competesse anche nel caso che mancassero delle qualità giuridiche promesse della cosa, cioè che il fondo alienato godea di certe servitù; certo non competeva per la mancanza di qualità di fatto promesse.

[1] Il delitto consisteva nella menzogna; ma crediamo obbiettiva e non subbiettiva; ossia non si esigeva il dolo, come non si esigeva nel caso di evizione, dove tuttavia si parla ugualmente di *mentiri*.

[2] Ciò potea fare così la gente estranea all'atto, dei cui beni l'alienante aveva illegittimamente disposto, come l'alienante stesso, se, essendo la mancipazione invalida, conservava o acquistava in seguito la disposizione giuridica della cosa alienata.

senso dell'alienante, del diritto che si credeva di avere acquistato colla mancipazione, e, invece, non si aveva, servisse ad acquistarlo. Così era introdotto un nuovo modo d'acquisto di tutti i diritti costituibili con mancipazione [1] destinato a sanare i difetti di questa.

La legge delle XII tavole trovò esistenti sia questo modo d'acquisto come l'*auctoritas* [2] e dispose, probabilmente pareggiando termini di tempo disformi da gente a gente, che l'*usus auctoritas fundi,* ossia tanto l'*usus,* quanto l'*auctoritas* rispetto ad un fondo rustico o fabbricato, durassero due anni; *ceterarum rerum omnium* un anno.[3] Scorso il tempo prescritto, l'acquirente avrà acquistato il diritto che non gli era stato trasmesso colla mancipazione e l'alienante sarà libero dall'*obligatio auctoritatis*.[4] L'*usus* prendeva forma diversa a seconda della qualità dell'oggetto alienato. Trattandosi di alienazione di cose

---

[1] E difatti si ammette usucapione di tutte le *res mancipi* corporali e incorporali; si ammette *conventio in manum usu* della donna in seguito a *coemptio* e l'*usucapio pro herede* in seguito alla *mancipatio familiae*. Oscura resta la figura dell'*usucapio libertatis;* ce ne occuperemo trattando delle servitù.

[2] Tanto è vero che essa non definisce l'*usus* nè l'*auctoritas;* si limita a stabilire i termini della loro durata.

[3] La brevità del termine per usucapire non dipendeva dalla ristrettezza del territorio, come si pensa comunemente, ma dal bisogno di impedire prestamente lotte fra genti. Si esigeva poi per usucapire gli immobili doppio tempo che per i mobili, non in considerazione di speciali pratiche agricole (la norma vale infatti anche per i fondi fabbricati urbani) ma perchè originariamente si trattava di alienazione di territorio nazionale. Eccezionalmente l'*auctoritas* dura perpetuamente; ciò avviene se partecipa ad una mancipazione o come alienante o come acquirente un peregrino fornito, s' intende, di *ius commercii*. Questo è il probabile significato della disposizione delle XII tavole: *adversus hostem aeterna auctoritas esto.*

[4] Durando *auctoritas* ed *usus* lo stesso spazio di tempo, convien dire che l'antica usucapione delle servitù rustiche si compisse in due anni. Così otteniamo che l'*obligatio auctoritatis* duri ugualmente così nel caso di alienazione costitutiva di servitù rustiche, come nel caso di promessa di libertà del fondo da servitù simili. Le servitù rustiche non venivano quindi in questione come *ceterae res*. Il che si concilia poi col testo delle XII tavole. Si trattava anche in esse di fondi e *usus fundi* significa l'*usus* rispetto a fondi e non l'uso del fondo.

corporali, consisteva nell'esercizio del dominio.[1] Ora poichè il dominio si esercita, nel concetto romano, possedendo la cosa, l'usucapione delle cose corporali, della quale sola quind'innanzi ci occuperemo, riusciva un modo d'acquisto della proprietà mediante il possesso durato un anno o due e come tale essa è definita da un tardo giurista.[2]

L'usucapione che serviva nell'ipotesi di mancipazione regolare, ma inefficace per difetto di proprietà nell'alienante (il solo caso dove all'*usus* poteva accompagnarsi l'*auctoritas*), servì di poi anche quando l'alienante si fosse limitato a far tradizione della *res mancipi* all'acquirente senza mancipargliela, o, ciò che torna lo stesso, senza mancipargliela regolarmente. Infine, poichè *res mancipi* e *nec mancipi* divennero parimente oggetto di proprietà individuale e la mancipazione si mutò, da atto intergentilizio, in atto interfamigliare, com'era sempre stata la tradizione, come modo d'acquisto delle *res nec mancipi*, fu possibile ammettere che l'usucapione servisse all'acquisto anche di quest'ultima categoria di cose, quando la tradizione loro non ne avesse fatto acquistare il dominio all'acquirente. Così l'usucapione divenne il modo di sanare qualunque alienazione invalida compiuta per mera tradizione. Precisamente serviva in due ipotesi: l'una che fosse stata tradita una cosa *mancipi* da chi ne era proprietario, nel quale caso essa suppliva il di-

---

[1] Di *usus* di genere diverso ci resta traccia nell'esercizio della *manus* maritale con cui si acquistava la *manus* stessa. Possiamo farci l'idea dell'*usus* con cui si acquistavano i servi e i figli mancipati ad alcuno in figli dal modo con cui si possiedono i servi. L'*usus* delle servitù rustiche consisteva nel loro esercizio. L'*usus* corrispondente all'*usucapio pro herede* consisteva nel diportarsi come eredi. Di tutte queste usucapioni le prime a cadere furono quelle su persone libere, che restarono mancipabili, ma nel modo e agli effetti che si videro, e di cui si vietò l'usucapione mettendole così *extra commercium*. Scomparve in seguito l'usucapione delle servitù rustiche, quella della donna *matrimonii causa*, da ultimo quella dell'eredità. L'usucapione divenne così un mero modo di acquisto del dominio.

[2] L. 3. D. h. t. 41, 3. Mod. *usucapio est adiectio* (*adeptio* Cuiac.) *dominii per continuationem possessionis* [*temporis lege definiti* interp.].

fetto di mancipazione o di *in iure cessio;* l'altra che fosse stata tradita una cosa *nec mancipi* da chi non ne era proprietario, nel qual caso essa giovava a supplire il difetto di dominio nell'alienante. I due scopi si cumulano dove la tradizione del non proprietario è fatta rispetto a una cosa *mancipi.* Questa funzione sanatoria permetteva, come si accennò, d'invocare l'usucapione anche a chi avesse acquistato il dominio dall'alienante e non potesse tuttavia darne la prova;[1] ed essa fece sì che i Romani non solo vietassero l'usucapione dove è vietata l'alienazione, ma considerassero l'usucapione stessa come un'alienazione. La cosa per l'usucapione era acquistata, come fu già avvertito, coi diritti reali sulla cosa altrui ad essa inerenti.

Esistevano modi solenni d'interrompere il corso dell'usucapione indicati colla frase generica: *ex iure civili usurpare.*[2] In seguito a lato all'*usurpatio civilis* si pose l'*usurpatio naturalis.* L'usucapione rimase cioè interrotta colla perdita del possesso.

L'usucapione, come modo d'acquisto della proprietà civile, non giovava ai peregrini senza *ius commercii* e ai Romani non giovava per acquistare la proprietà di fondi non romani e poscia non italici.

Erano sottratti ad essa le cose *extra commercium.* I divieti speciali stabiliti nelle XII tavole di usucapire il *limes* tra i fondi, il vestibolo del sepolcro (*forum*) ed il luogo dove fosse stato combusto un cadavere (*bustum*) non sono probabilmente che modi concreti con cui la

---

[1] Per tutto ciò l'usucapione costituisce per gli antichi: *finis sollicitudinis ac periculi litium* (l. 1. D. 41, 3); essa par loro introdotta: *bono publico.... ne.... quarundam rerum diu et fere semper in certa dominia essent* (Cic. pro Caec. c. 26) *ne possessores.... prope immortali timore teneantur* (l. 7, pr. C. 7, 39).

[2] Da *usum-rapere? usum-rumpere? usu-rapere? usui-rapere?* — Di codesti modi ne conosciamo due soli. L'uno interrompeva l'usucapione dei fondi e consisteva nello spezzare che facea chi volea interrompere l'usucapione un ramo di una pianta del fondo; l'altro è la *trinoctio usurpatio* di cui si parlò. Quest'ultimo prova che atti solenni simili doveano esistere anche rispetto all'usucapione di cose mobili, sopra tutto di schiavi.

legge affermava l'estracommercialità di codeste cose. Hanno diverso carattere, perchè si riferiscono a cose *in commercio*, i divieti della stessa legge di usucapire le cose *mancipi* alienate da una donna in tutela legittima senza l'*auctoritas tutoris*[1] e le cose furtive. Quest'ultimo era particolarmente importante, data la grande estensione del concetto romano di furto. Esso ricompare nella legge *Atinia* (probabilmente del 557 d. R.) la quale disponeva: *quod subreptum erit eius rei aeterna auctoritas esto.*[2] La disposizione rendeva impossibile anche l'usucapione di fondi sottratti colla violenza, perchè il caso rientrava allora nel concetto di furto. Quando questo si restrinse ai mobili, fu necessario, per mantenere al divieto antico la sua estensione, vietare l'usucapione delle *res vi possessae*. Ciò fu fatto colla legge *Plautia* (664 d. R.). La norma fu ripetuta nella legge Iulia *de vi* dell'età augustea.

L'usucapione, nell'età a cui ci riferiamo, esigeva un titolo per usucapire, ma, come appare da quanto abbiamo premesso, questo era sempre un solo: la compravendita nelle sue due forme di mancipazione o di mera tradizione.

Non era richiesta la buona fede.[3]

---

[1] Sul temperamento del principio in base ad una *Rutiliana constitutio*, temperamento avvenuto del resto in epoca ben più tarda di quella a cui si riferisce il nostro discorso, si è parlato al § 60.

[2] Sia la legge delle XII tavole che la legge *Atinia* non vietavano l'usucapione di chi avea rubato la cosa, perchè l'usucapione era già esclusa dalla mancanza di un atto d'alienazione (Gaio, 2, 49, conferma il fatto, ma ne dà una spiegazione moderna); esse vietavano l'usucapione di chi non era autore del furto e a cui la cosa furtiva era stata alienata. Il testo della legge *Atinia* parla infatti di *auctoritas;* e l'*auctoritas* presuppone una mancipazione. È improbabile che si abbia nella legge *Atinia* una mera ripetizione della disposizione decemvirale. Probabilmente essa stabiliva che non si potessero usucapire le cose furtive nemmeno con un *usus* immemoriale, come si sosteneva, interpretando restrittivamente il divieto antecedente. Risale certamente alla stessa legge la norma che la cosa furtiva diviene usucapibile, quando sia tornata in potestà del proprietario, sia o no questi quello che patì il furto. La legge *Plautia*, di cui ci occupiamo in seguito nel testo, conteneva la stessa disposizione rispetto alle *res vi possessae*.

[3] Lo si può argomentare da ciò che, risalendo il corso della storia giuridica, gli elementi etici si trovano sempre meno conside-

L'istituto dell'usucapione delineato sinora nella sua configurazione più antica ebbe un grande sviluppo per opera della giurisprudenza e della pratica forense a partire dall'età immediatamente preclassica per tutta l'età successiva fino a Giustiniano, che lo riformò radicalmente. Esporremo ora i requisiti dell'usucapione durante codesto lungo periodo intermedio di sua vita.[1]

Per usucapire conviene anzitutto possedere la cosa in base ad una *iusta causa*. Il possesso che giova al-

---

rati. Gli argomenti consueti, con cui si pretende dimostrare l'assenza del requisito della buona fede, non hanno valore. Chi riceve in mera tradizione dal domino una cosa *mancipi* è in buona fede, perchè il suo possesso è moralmente giustificato. Non sono che specie di questo caso le *usureceptiones*. L'*usureceptio fiduciae*, se la fiducia ebbe luogo *cum amico*, presuppone che l'amico abbia resa con mera tradizione la cosa *mancipi* a chi gliela avea data a custodire; anche questi quindi è moralmente giustificato se possiede. Tanto più è giustificato il debitore che possiede nella *fiducia cum creditore* la cosa mancipata al creditore, dopo aver pagato il prezzo. Va presupposto infatti pur qui che il creditore gliela abbia restituita con mera tradizione. E se si ammette che qui l'usucapione corra anche se il debitore avea ricevuto la cosa in precario o conduzione, è solo perchè il ricevere il prezzo importava di per sè da parte del creditore rinuncia al rapporto stesso e quindi tradizione. Questa rinuncia non potea supporsi dove il prezzo non fosse stato pagato. Qui occorreva invece che il creditore compisse una formale tradizione della cosa al debitore, il che dovea avvenire quando rinunciasse alla garanzia. Queste *usureceptiones* non sono interessanti, a parte il più breve termine, che perchè suppongono tradizioni che sono compere *nummo uno* quindi non veramente tali: si rivela in esse delle cause di possesso che neppure la giurisprudenza posteriore qualificò con un nome. Inoltre, dove la cosa è presso il fiduciante, la tradizione si compie *brevi manu*. La buona fede è fuori di questione. A un dipresso va detto lo stesso della *usureceptio ex praediatura*, la più oscura. Se si sta all'ipotesi che il domino dovesse riscattare la cosa venduta dal popolo, pagando il debito per cui la aveva *obligata*, si vede come pur qui si ha una tradizione e come il possesso è moralmente giustificato. Nel caso di *usureceptio ex Rutiliana constitutione*, che abbiamo già contemplato (§ 60), la moralità del possesso non può neppure porsi in discussione. Per l'*usucapio pro herede* rinvio anche rispetto a questo punto al diritto ereditario. Non si sarebbero usati questi argomenti se non si restringesse, a torto, l'ipotesi di buona fede alla credenza di avere acquistato il dominio.

[1] Furono dagli interpreti del diritto romano raccolti nel verso: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus.*

l'usucapione non è quindi definibile da uno stato d'animo di chi lo acquistò,[1] ma soltanto dalla causa dell'acquisto.

Il possesso deve durare ininterrotto a partire dall'acquisto[2] per un anno o due, secondo la distinzione già fatta. Il computo del tempo segue le regole ordinarie.[3]-[4]

L'usucapione è interrotta nei modi civili o nel modo naturale considerati. Non la interrompe la *litis contestatio* nell'azione di rivendicazione. Se però la cosa era usucapita anteriormente alla sentenza (*inter moras litis*), il giudice ordinava al convenuto usucapiente di restituire la cosa al rivendicante. L'usucapione interrotta è come non iniziata. Per usucapire la cosa conviene in tal caso cominciare una nuova usucapione. In certi casi l'usucapione non è interrotta, ma riposa.[5]

L'erede di chi era in via d'usucapire continua l'usucapione del defunto e la compie addizionando al tempo del suo possesso quello in cui possedette il defunto[6]

---

[1] Non si può parlare di possesso *animo domini*, perchè v'ha casi di possesso *animo domini* che non conducono all'usucapione; sono: il possesso acquistato non in base ad un'alienazione del privato o dell'autorità sino a Giustiniano e ancora nel diritto giustinianeo il possesso del precarista ad es. e del creditore pignoratizio, che per noi sono casi di possesso *animo domini*.

[2] Quando si prenda possesso per mezzo di procuratore, eccezionalmente l'usucapione non comincia nel giorno dell'acquisto, ma in quello in cui se ne ebbe notizia; l. 47, D. 41, 3; l. 49, D. 41, 2.

[3] Alla questione se in materia d'usucapione *dies coeptus pro completo habetur* si è già accennato (§ 15).

[4] Usa trattare in relazione al requisito del possesso dell'usucapibilità delle università di cose, degli effetti che ha sopra un'usucapione iniziata il congiungere la cosa posseduta ad un'altra, di cui diventa parte, e degli altri problemi connessi all'ipotesi di distacco di una parte da una cosa che si è in via d'usucapire. Codeste questioni sono però questioni di possesso e solo indirettamente d'usucapione e perciò vanno considerate nella materia del possesso.

[5] Ciò avviene, se la cosa giunga in proprietà di persona privilegiata rispetto all'usucapione o se certi motivi giuridici impediscono al proprietario di esercitare il suo diritto. Tra codesti motivi sta ad es. la redazione dell'inventario per parte dell'erede con beneficio d'inventario.

[6] La cosa si considera da lui posseduta anche durante la giacenza dell'eredità.

(*successio possessionis*). In questo caso della buona o mala fede si giudica dalla persona del defunto perchè l'erede non fa che succedere nel suo possesso. Quindi se il defunto era in buona fede, l'erede compie l'usucapione, anche se egli sia in mala fede; che se invece il defunto era in mala fede, egli non può iniziare sulla cosa già posseduta da quello una nuova usucapione, benchè sia in buona fede. Questo principio si suole brevemente, ma anche infelicemente, esprimere dicendo che l'erede succede nella buona o mala fede del defunto.

Il successore a titolo singolare dell'usucapiente gode con Giustiniano dell'*accessio possessionis*, applicata nell'età classica prima all'interdetto *utrubi*, poi alla *l. t. praescriptio* e, per i più, all'usucapione da Severo e Caracalla nel solo caso di compravendita. Anch'esso cioè può congiungere al possesso proprio quello del suo autore; ma non succede nella buona o mala fede. Se prese possesso in mala fede della cosa, a lui non giova la buona fede dell'autore; se prese possesso in buona fede ed era in mala fede l'autore, questa non gli nuoce, ma può cominciare sulla cosa una nuova usucapione.

Quanto alla causa per cui si deve possedere la cosa (*iusta causa usucapionis*, anche *titulus* nelle fonti tarde), questa, essendosi separata la compravendita, come accordo di dare la cosa per avere il prezzo, dalla mancipazione e dalla tradizione, trasformatesi in semplici modi di trasmissione del dominio, consistette primitivamente nella compravendita soltanto. Occorreva cioè che sia nell'intenzione del possessore e sia nel fatto il suo possesso fosse l'esecuzione di un negozio di compravendita. Oltre alla compravendita si ammisero in seguito molte altre cause analoghe. Le quali, appunto perchè si ammisero per analogia, hanno tutte lo stesso carattere della compravendita. Sono atti in cui è implicita una volontà socialmente giustificata di rinunciare al dominio e al possesso di una cosa a favore di un'altra persona, volontà che questa persona intende di attuare ed attua col possedere la cosa. La *causa usucapionis* può essere quindi anche un modo d'alienazione e rispettivamente d'acquisto del

dominio, ma solo allora quando il modo importa in sè una giustificazione sociale della rinuncia al dominio e al possesso voluta da chi lo compie.[1]

---

[1] I Romani designano le cause preponendo al nome dell'atto la particella *pro*. Non esiste un titolo *pro mancipato* o *pro in iure cesso* (il che è a torto controverso) come non esiste un titolo *pro tradito*, il che è pacifico. Ma da ciò non si può dedurre che la causa non possa mai essere un modo d'acquisto del dominio. Esiste infatti il titolo *pro legato* e s' intende, nel diritto classico, *per vindicationem;* ora un simile legato è un modo bello e buono di acquisto del dominio. Esiste pure nello stesso diritto l'*usucapio lucrativa pro herede;* la delazione testamentaria dell'eredità è ora anch'essa un modo d'acquisto del dominio. Il legato e la delazione testamentaria dell'eredità sono cause di usucapire, e la tradizione, la mancipazione, l'*in iure cessio* no, perchè la *causa mortis* per cui si fa un legato o si nomina un erede giustifica socialmente la volontà di trasmettere le nostre cose ad altri, mentre nessuna giustificazione simile è implicita negli altri atti d'alienazione menzionati. Le cause principali ammesse per analogia alla vendita sono la donazione reale, la dote quando sia *data*, la *litis aestimatio,* la permuta per il primo ricevente, la *noxae deditio,* il pagamento di qualsiasi debito, la transazione, la *societas omnium bonorum,* il legato *per vindicationem* e l'eredità menzionati, la derelizione, l'aggiudicazione. Ricordiamo circa al legato che usucapiva in base ad esso soltanto chi avea la *testamentifactio passiva* col defunto e si immetteva nel possesso della cosa legata *sine vitio.* Ricordiamo ancora circa sia al legato che all'eredità che l'usucapione relativa fu ammessa movendo per quello dalla tradizione o mancipazione *mortis causa* in che originariamente consisteva, e per questa, come già si è avvertito, dalla *mancipatio familiae;* perciò per noi non v' ha *usucapio pro herede* che in base a un testamento. Ma di ciò nella materia del diritto ereditario' L'usucapione *pro derelicto* fu ammessa come una conseguenza della teoria, secondo la quale la ragione giustificatrice della derelizione e quindi dell'occupazione della cosa derelitta stava nella volontà del derelinquente che la cosa derelitta fosse acquisita all'occupante. Il titolo *pro derelicto* è quindi sostanzialmente pari al titolo *pro donato ; nam et haec genere quodam donatio est* dice la l. 36, D. 45, 3, nè importa che la frase sia forse bizantina. L' usucapione *pro derelicto* avea luogo dove il derelinquente non fosse proprietario della cosa derelitta. L'aggiudicazione surroga la divisione stragiudiziale della cosa comune per atto delle parti. Certe cause non hanno designazione particolare, nè sono comprese nella collettiva *pro suo*, di cui diciamo alla pag. 420, n. 1; tale è l' ipotesi che alcuno minacciato da me di una *rei vindicatio* mi ceda la cosa che intendo rivendicare (l. 33, § 3, D. 41, 3); qui la causa si accosta per l' indole non tanto alla transazione quanto al pagamento. Non sono cause di usucapire il giuramento e la cosa giudicata (controverso).

Oltre a questa categoria di cause ne sorse in processo di tempo un'altra. In certi casi il Pretore trovava opportuno che una persona fosse espropriata della sua cosa a favore di un'altra. Mancando però egli della facoltà di compiere un'espropriazione, dovette limitarsi a togliere il possesso della cosa all'una e darlo all'altra, a difendere questa nel suo possesso, e a permettere che il possesso preso per la sua volontà conducesse all'usucapione. In questi casi l'usucapione non riusciva più integrazione di un'alienazione; ma di una espropriazione per atto d'autorità. La causa non era un atto contenente l'espressione di una volontà socialmente giustificata di alienare, ma un atto contenente l'espressione della volontà dell'autorità che altri perdesse la cosa e che l'acquistassimo noi. La causa nelle ipotesi vedute in tanto solo si connetteva alle precedenti in quanto nell'atto che la costituiva si esprimeva sempre una volontà d'altri che il possessore avesse il dominio e il possesso della cosa. L'« altri » non era però un alienante, ma l'autorità espropriante, circa la volontà della quale diventava un non senso la ricerca se fosse socialmente giustificata.[1]

Il titolo dovea essere originariamente vero, ossia non solo dovea esistere, ma non dovea essere affetto da vizi che lo rendessero nullo; non si usucapiva ad es. *pro emptore* la cosa che un servo nostro non avesse comperata, mentre ci disse di averlo fatto, o che avesse comperata da un furioso. Poscia alcuni giuristi sostennero rispetto a molte cause,[2] che bastasse all'usucapione il titolo putativo, ossia la credenza che il titolo esistesse, anche se non esisteva, o che fosse valido, anche se non era. Conve-

---

[1] Entrano in questa seconda categoria di cause ad es. la *ductio noxalis* e i casi di *immissio in possessionem ex secundo decreto*.

[2] I giuristi non discussero rispetto al concetto di *iusta causa* in genere, se il titolo putativo vale il vero. Essi anche qui contemplarono le singole giuste cause; così che quella che per noi è una questione, per essi si scindeva in tante questioni quante erano le cause. Entro ogni singola causa poi ancora non discutevano se il titolo putativo vale il vero, ma solo se in certe ipotesi pratiche di inesistenza di un titolo vero si avea tuttavia usucapione. E la sentenza variava spesso da ipotesi ad ipotesi.

niva però che la credenza fosse fondata sopra un errore scusabile.

Delle due opinioni sono rimaste espressioni nelle fonti giustinianee, e nel sistema della compilazione va considerata come prescelta dal legislatore la seconda ove non ostino esplicite dichiarazioni.[1]

Fra i titoli menzionati il più importante è quello *pro emptore*. Questo è sempre distinto dal titolo *pro soluto*, mentre vi par compreso, se la vendita non è reale, in quanto l'acquirente s'impossessa della cosa per tradizione fattagli in adempimento di un'obbligazione. Il fenomeno si spiega nel modo già adombrato: il titolo *pro emptore* surroga storicamente lo stesso modo d'acquisto del dominio (*mancipatio, traditio*); l'*emptio* non si presenta come causa di obbligazione, e quindi di trasferimento del dominio, ma come il trasferimento stesso. Questa è anche la ragione per la quale, laddove rispetto a tutti gli altri titoli si esige solo che la buona fede dell'acquirente esista al momento dell'acquisto del possesso e non in quello in cui venne ad esistere o si crede sia venuto ad esistere il titolo, qui invece vale un principio contrario: la buona fede deve esistere nei due momenti della compravendita e dell'acquisto del possesso. È assai probabile ancora che l'usucapione non corresse, se il prezzo non era stato pagato o creditato.

Carattere speciale per altri motivi ha anche l'*usucapio pro herede,* della quale si tratterà nel diritto ereditario.

Non usucapisce che chi sia in buona fede, ritenga cioè che il suo possesso della cosa non costituisca una lesione del diritto altrui. Normalmente questa convinzione prenderà la forma concreta di credenza di avere acquistato per la volontà del precedente proprietario. Ma si può essere in buona fede pur avendo la scienza del contrario.[2]

---

[1] Quali sono quelle relative alle cause *pro derelicto* e *pro donato.*

[2] Chi riceve in dono da una donna una cosa che sa donatale dal marito, è in buona fede ed usucapisce. — Male si cita in prova il caso di chi comperò sotto condizione, il quale comincia ad usucapire dal momento che la condizione si è verificata, mentre non sa che si è verificata. Qui conta più la sostanza che l'opinione.

Il requisito della *bona fides* fu richiesto tardi[1] ed ebbe una funzione diversa dalla esigenza sia del titolo vero che del titolo putativo. Quest'ultima esigenza dava un fondamento d'ordine sociale al possesso; ma non gli dava un'impronta morale. O abbia io comperato o creda di avere in base a un errore scusabile comperato, il mio possesso è nell'ordine; ma se io comperai o credo di aver comperato da tale che non era proprietario e di cui so che aliena la cosa contro il volere del proprietario, senza averne il diritto, il mio possesso, pure essendo nell'ordine, costituisce un'immoralità. La giurisprudenza avanzata esigette quindi questo ulteriore elemento, per il quale l'usucapione non andava che a favore di chi facea, impossessandosi della cosa, atto onesto.

La buona fede deve esistere al momento della presa di possesso; ma basta che esista in quel momento: *mala fides superveniens non nocet.* Si è discorso dell'eccezione che presenta la compravendita. Si disputa se non ne esista un'altra; alcuno ritiene che fosse richiesta la permanenza della buona fede per tutta la durata dell'usucapione, se l'acquisto del possesso avea avuto luogo a titolo gratuito.[2]

Laddove il titolo va provato da chi invoca l'usucapione e non solo il titolo vero ma anche il putativo,[3] la buona fede non va provata; è la parte avversa che deve provare l'esistenza della mala fede.

Nel periodo di tempo che contempliamo si perfezionò la teoria dei divieti di usucapione antichi[4] e se ne sta-

---

[1] Posteriormente ai tempi di Bruto e Manilio.

[2] Se il possesso è acquistato per mezzo di terzi, allora l'acquisto presuppone che l'acquirente abbia voluto acquistarlo e l'usucapione non corre se egli non sa di averlo acquistato, perchè è lui che dev'essere in buona fede; o è acquistato anche senza la sua volontà (come avviene se un servo acquista il possesso *ex re peculiari*) e bisogna che sia in buona fede solo il terzo.

[3] Nel secondo caso la prova consiste nel dimostrare la giustificata credenza nell'esistenza e nella validità del titolo.

[4] Così troviamo stabilito che la cosa furtiva o di *possessa* si ritenga tornata in potestà del proprietario, quando questi ne abbia ricuperato il possesso *ut avelli non possit,* sapendo che è la sua cosa

bilirono di nuovi, ai quali nell'età posteriore dovea aggiungersene un gran numero, nella maggior parte però in relazione alla *longi temporis praescriptio*, di cui diremo or ora, anzichè all'usucapione.[1]

A lato all'istituto dell'usucapione si pose in età incerta (forse verso la fine del secondo secolo; certamente dopo la redazione dell'editto adrianeo) un istituto diverso di carattere alle origini, ma destinato a mutarsi così da poter poi esser fuso con quello, ossia la *longi temporis praescriptio*. Per supplire all'usucapione inapplicabile ai fondi provinciali e di cui non poteano giovarsi i peregrini privi di *commercium*, gli editti provinciali stabilirono che il prolungato possesso[2] di un fondo provin-

---

rubata, o quando dipenda da lui il ricuperarlo con un'azione, oppure infine quando la proprietà della cosa sia passata per tradizione (in base ad es. a vendita, *litis aestimatio* ecc.) all'attuale possessore. I prodotti di codeste cose non sono sottratti all'usucapione, perchè non sono parti della cosa. Soltanto i figli di schiave furtive eran furtivi, se la madre ne era pregna presso il derubato, o l'autore del reato, benchè fossero partoriti presso il possessore di buona fede (controverso). Se con una cosa furtiva se ne fa una nuova, anche questa è furtiva.

[1] Enumeriamo qui tutti questi divieti sia classici che postclassici e sia relativi all'usucapione che alla *l. t. p.* per connessione di argomento. Sono inusucapibili in base alla *lex Iulia repetundarum* di Cesare le cose donate contrariamente alla legge stessa ad un magistrato provinciale. Il vizio si purga col ritorno della cosa in potestà di colui da cui partì, anche se non era il proprietario, o dei suoi eredi. Sono inusucapibili inoltre le cose del fisco, del Principe (*dominicae*), delle città (controverso), dei minorenni (controverso; nel diritto classico erano usucapibili, salva la *restituto in integrum*); le inalienabili (nella quale categoria cadono le cose litigiose, quelle che appartengono ai *bona adventicia regularia* del figlio di famiglia finchè sta nella patria potestà, quelle di cui il *parens binubus* perde la proprietà a favore dei figli di primo letto anche dopo estinta la patria potestà, gli immobili dotali o appartenenti alla *donatio propter nuptias*, i fondi e gli schiavi dei decurioni, se alienati senza il permesso dell'autorità e i fondi dei villaggi detti *metrocomiae* alienati ad estranei), gli immobili delle chiese e delle fondazioni pie; gli immobili alienati in mala fede, se il proprietario non sa che la cosa è sua o che è stata alienata, infine le cose legate alienate dall'onerato.

[2] Verosimilmente non era fissato un periodo di tempo. Bastava anche originariamente un *iustum initium possessionis;* non occorreva nè titolo, nè buona fede.

ciale o di una cosa qualsiasi da parte di un peregrino senza *commercium* autorizzava il possessore ad opporre al proprietario, che sperimentava la *rei vindicatio*, un'eccezione (detta *praescriptio* dal preporsi alla formula della rivendicazione) in forza della quale la domanda era respinta. La *l. t. p.* giovava dunque solo a conservare il possesso; non a ricuperarlo. Ma in età posteriore, se dobbiamo credere a Giustiniano, fu accordata da *veteres leges* ai possessori in discorso anche un'azione (utile?) di ricupero; e sia l'eccezione che l'azione competevano purchè il possesso avesse durato dieci anni continui fra presenti (se cioè proprietario e possessore stavano nella stessa città prima, nella stessa provincia in seguito) e venti tra assenti. Così la *l. t. p.* diveniva un modo d'acquisto del dominio col possesso durato per un periodo fisso di tempo al pari dell'usucapione. Colla quale ebbe in comune sin dalle origini l'interruzione colla perdita del possesso, la *successio possessionis* e in processo di tempo l'esigenza del titolo e della buona fede. Ne divergeva in quanto la interrompeva anche la *litis contestatio*, nel caso di acquisto per donazione non nuoceva certamente la *mala fides superveniens*, e specialmente vi era ammessa l'*accessio temporis* a favore di ogni successore a titolo particolare.

Da ultimo per opera di Costantino fu introdotta, movendo forse da norme anteriori, la *longissimi temporis praescriptio* opponibile ad ogni azione reale di rivendicazione da chi avesse posseduto la cosa per quaranta anni pur senza titolo nè buona fede; ma l'effetto suo era precisamente quello proprio di ogni eccezione, ossia difensivo e non acquisitivo.

Giustiniano, venuto in età in cui la peregrinità sostanzialmente non esisteva più, nè più esisteva differenza tra fondi italici e provinciali, stabilì che rispetto all'acquisto della proprietà col possesso prolungato non vi fosse più differenza tra usucapione e *longi temporis praescriptio: sit rebus,* egli dice, *et locis omnibus similis ordo inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis.*[1] Egli fuse cioè

[1] L. un., Cod. 7, 31, a. 531.

i due istituti; portò per i mobili il tempo a tre anni; mantenne quello della *l. t. p.* per gli immobili; e applicò le regole proprie di questa ai due casi.

Giustiniano elevò inoltre a cause di usucapire sotto il nome di *pro suo*[1] tutte le ragioni di possedere costituite dai modi d'acquisto del dominio che non sono modi di alienazione. Queste cause riuscivano necessariamente immaginarie. Colla loro ammissione l'usucapione si distaccava assolutamente dalle sue origini. Essa perdeva del tutto il carattere d'integrazione di un'alienazione; diveniva un modo autonomo di acquisto del dominio.[2]

Quanto alla *longissimi temporis praescriptio,* questa che era stata estesa da Teodosio II col prescrivere che tutte le *actiones perpetuae* si estinguessero in trent'anni, fu

---

[1] I Romani opponevano la *possessio pro suo* alla *possessio pro possessore;* si avea questa dove chi possedeva non adduceva altra ragione di possedere che la sua volontà di possedere; possedeva *pro suo* invece chi adduceva un titolo. Quindi si avea *possessio pro suo* in tutti i casi di *iusta causa* prima contemplati. Ma sotto il nome di *pro suo* i giuristi collocavano qualche altra causa; ad es. usucapisce *pro suo* il marito che prende possesso di cose non dal tradente consegnategli a titolo di dote prima che avvenga il matrimonio, perchè siano subito sue. Ho citato questo caso preso da fonti estranee alla compilazione (*Vat. fragm.*, 111), perchè è poco a fidarsi della genuinità della menzione della causa *pro suo* in parecchi luoghi della compilazione. Fu soltanto Giustiniano a far del titolo *pro suo* un titolo di usucapione col significato espresso nel testo. Quindi ad es. mentre in diritto classico non si usucapiva l'animale altrui smarrito, se lo occupavamo credendolo una *fera bestia* in naturale libertà; nè i frutti del fondo del vicino caduti nel nostro, se li prendevamo credendoli nostri; nè il terreno che occupavamo credendolo ampliamento per alluvione del nostro mentre non era; in diritto giustinianeo si acquistano per usucapione anche simili cose in base al titolo *pro suo.* In diritto classico era possibile solo usucapire i frutti del fondo non nostro, i parti dell'ancella non nostra, il terreno alluvionale adiacente a un fondo non nostro, ma se possedevamo la cosa madre o il fondo rivierasco e allora al titolo stesso per cui possedevamo ed usucapivamo quella o questo.

[2] La grande varietà fra le categorie esposte di cause fa sì che non esista e quindi non si possa definire un concetto generale di *iusta causa.* Ciò può spiegare perchè non ne abbiamo una definizione testuale. Le definizioni datene dai moderni sembrano soddisfacenti solo perchè vaghe od ambigue. In ogni caso esprimono un'idea che sta fuori dell'orbita in cui si moveva il pensiero giuridico antico.

ulteriormente modificata da Giustiniano nel 528. Egli stabilì che chi avea posseduto per trent'anni la cosa anche furtiva, purchè non sottratta con violenza, o per quaranta, se questa apparteneva alla chiesa, ad una pia causa, al fisco, all'imperatore o alla sua sposa, ne acquistasse la proprietà dato che *bona fide ab initio eam rem tenerit*. In tutto il resto mantenne le regole dell'antica *longissimi temporis praescriptio*. Quindi a questa, usucapione straordinaria sono sottratte solo le cose *extra commercium* e le altre rispetto alle quali non corre una prescrizione dell'azione e sono le cose dei pupilli, quelle appartenenti ai *bona adventicia regularia* e le cose dotali. Non si esige il titolo (controverso); si esige, come si è detto, la buona fede; ma questa giova anche se fondata sopra un errore di fatto o di diritto inescusabile (controverso); il tempo comincia a decorrere in ogni caso dalla presa di possesso, perchè in questo momento sorge contro il possessore la *rei vindicatio*, che si prescrive nei trenta o quarant'anni; l'usucapione si compie, quando sia trascorso tutto l'ultimo giorno; anch'essa è interrotta dalla *litis contestatio* nella *rei vindicatio*. Dove manchino i requisiti perchè importi acquisto, ma ci siano quelli perchè funga come eccezione, la *longissimi temporis praescriptio* vale al modo antico, ossia come eccezione.

§ 82. — *Tradizione.*

Originariamente la tradizione era, al pari della mancipazione, una compravendita reale. Ancora nelle fonti tarde *emere* è normalmente equivalente a *tradere*. Il trovarsi essa applicata per tutta l'età storica sino a Giustiniano soltanto alla traslazione del dominio su *res nec mancipi* indica che nella preistorica non era compravendita reale che di simili cose e che quindi era negozio intragentilizio, possibile cioè solo fra padri della stessa gente.[1]

[1] La tradizione di *res nec mancipi* presso altra gente avea carattere di mero fatto. All' interno della gente era fondata sull'*ius gentilicium*.

Perciò ancora mancava di ogni solennità; bastava alla sua perfezione il mero scambio della cosa e del prezzo; nè vi si prestava l'*auctoritas*. Infine, a differenza della *mancipatio*, la tradizione fu sempre compravendita reale soltanto di cose corporali.[1]

In processo di tempo anche rispetto alla tradizione la compravendita come accordo di dare la cosa per un prezzo si distinse dall'atto di trasmissione del dominio.[2] Questo però, essendo la tradizione ripugnante a forme, non serbò, come nella *mancipatio*, la forma di compravendita, ma si ridusse alla semplice consegna di una cosa.

Poichè ebbe ricevuto dalla dottrina sviluppo, la tradizione esige per la sua efficacia che si verifichino contemporaneamente tre requisiti:

a) Che il proprietario della cosa voglia spogliarsi del dominio su di essa e trasferirlo ad altri;

b) Che voglia ciò per una *iusta causa;*

c) Che colui al quale volle trasferire la proprietà ne abbia il possesso.

Trade quindi validamente solo, di regola, il proprietario o chi per lui.[3]

La tradizione fatta da un non proprietario è valida eccezionalmente in due ipotesi. Il creditore pignoratizio può tradere la cosa su cui ha un diritto di pegno, per soddisfarsi del suo credito. Per ragioni di ordine pubblico il fisco, l'imperatore e l'imperatrice possono tra-

---

[1] Anche ciò si spiega. Quando fu necessario costituire quei rapporti intergentilizi che sono le servitù rustiche, si dovette usare della sola forma di commercio intergentilizio esistente ossia la *mancipatio*. L'introduzione di un atto nuovo adatto al nuovo scopo avrebbe domandato un mutamento, sempre difficile, del diritto internazionale. Vedremo, trattando delle servitù urbane, come non compare una tradizione neppure di queste.

[2] Conviene giungere all'età giustinianea per trovar la tradizione divenuta modo di costituzione anche di diritti sulla cosa altrui.

[3] Tradono validamente per il proprietario il tutore, il curatore, il procuratore, un mandatario munito di speciale mandato. Giustiniano prescrisse che le restrizioni poste alla facoltà di alienare dei tutori e curatori, già considerate, valessero anche per il procuratore, se questi non avesse avuto uno speciale incarico di alienare.

dere anche cose non loro.[1] Talora anche la tradizione fatta da un proprietario è nulla, o *ipso iure,* o in forza di rimedi pretorii. Si verifica il primo caso, se osti un divieto legale, il secondo se osti un divieto giudiziale di alienazione.[2] Se chi trade non è proprietario, ma lo diviene dopo la tradizione, l'acquirente non acquista perciò la proprietà; ma gode contro l'alienante che agisse per ricuperare la cosa sua, di una *exceptio rei venditae et traditae,* per la quale rimane nel possesso della cosa, così che può divenirne proprietario per usucapione.

La tradizione non è valida se chi trade intende di trasferire la proprietà altrui (ad es. come procuratore); costui infatti vuole bensì trasferire la proprietà, ma non vuole affatto spogliarsene: *nemo errans rem suam amittit.*[3]

Il requisito della *iusta causa traditionis* si sviluppò in modo analogo a quello descritto circa la *iusta causa usucapionis.* Cioè prima alla validità della tradizione si esigette che il tradente volesse spogliarsi della cosa a favore dell'acquirente perchè gliela aveva venduta. Poscia si ammise che potesse tradere per molte altre cause svoltesi per analogia da quella,[4] e che aveano tutte il carattere proprio della compravendita, cioè di ragioni, trovate dalla società e dal diritto sufficienti a giustificare la volontà del tradente di perdere la proprietà della

---

[1] Il vero proprietario in tal caso ha un'azione personale di risarcimento contro il tradente prescrittibile in quattro anni.

[2] Simili divieti annullavano anche il negozio che era causa della tradizione, e specialmente la vendita. Invece i divieti di alienazione stabiliti da privati per atto tra vivi non toglieano validità alla tradizione, ma generavano un'azione personale contro chi tuttavia alienava la cosa, eccettuato, solo però in diritto giustinianeo, il caso che il debitore pignoratizio avesse vietato al creditore di alienare la cosa, nel qual caso in codesto diritto la tradizione fatta contro il divieto era nulla. I divieti testamentari di alienazione valgono, quando si possano considerare come fedecommessi a favore di una determinata persona ed hanno efficacia almeno personale.

[3] V'ha in proposito una celebre antinomia tra l. 35. D. 41, 1 e l. 49. D. 17, 1. Quest'ultima è interpolata.

[4] Si concepì, a torto, come causa positiva anche la donazione.

cosa e di farla acquistare ad altri.[1] La ragione dovea essere sussistente nel fatto. Ad es. dovea sussistere il debito per pagar il quale, o dovea sorgere il credito, per procurarsi il quale si dava la cosa. In seguito però bastò alla validità della tradizione qualunque scopo lecito o illecito che si proponesse il tradente,[2] nè occorreva che fosse raggiunto, onde una ragione supposta di tradere valeva quanto una ragione sussistente.[3] Così il requisito della *iusta causa traditionis* da requisito utilmente affermato in quanto poteano darsi tradizioni inefficaci per il suo difetto, si trasformava in un' inutile affermazione di una necessità psicologica, poichè senza uno scopo nessuno aliena. Se tuttavia anche dopo questo sviluppo troviamo parlarsi di una *iusta causa traditionis*, si è perchè i giuristi mantennero al requisito artificialmente un'utilità, presentando come dovuto alla sua mancanza il fatto che la tradizione era inefficace in dati casi, dove il diritto per ragioni, che oramai non hanno nulla a che fare in realtà col requisito stesso, invalidava l'atto.[4]

La *iusta causa* fu sempre soltanto motivo di spogliarsi del dominio e di trasferirlo. Non può parlarsene rispetto all'acquirente, perchè la volontà di acquistare è giustificata dal solo fatto del lucro che si fa acquistando.[5]

---

[1] La causa della tradizione si distingue quindi dalla causa dell'usucapione perchè quella è ragione di alienare la cosa, questa ragione di possedere. Possono però, come si vide, essere identiche

[2] Chi dà una somma ad un sicario, perchè uccida, ne trasferisce il dominio come chi dà una somma a mutuo.

[3] Trade ad es. validamente chi dà la cosa per pagare un debito che crede, contro verità, sussistere; chi vende a un pupillo senza l'*auctoritas tutoris* credendolo uscito di tutela, benchè costui là non raggiunga lo scopo di pagare, qui di acquistare il credito al prezzo.

[4] Così ad es. nell' ipotesi di donazione fra coniugi o che una donna paghi per causa di una sua intercessione.

[5] L'acquirente può pensare benissimo che coll' acquisto suo si metta in essere un'ulteriore condizione di cose, che può essere così quella che il tradente si propose per iscopo, come una diversa, ma che egli crede costituire lo scopo del tradente. Così può pensare che acquistando la somma datagli si mette in essere il mutuo voluto in realtà dal tradente e da lui; come può pensare che acquistando la somma si mette in essere la donazione voluta da lui, e che crede voluta dal tradente, mentre questi volea invece dare la

La tradizione può farsi sotto condizione sospensiva e termine *a quo;* in tal caso, come si è già avvertito (§§ 13, 14) la proprietà non passa all'acquirente che all'avverarsi della condizione, al giungere del termine. Le condizioni e i termini risolutivi apposti alla tradizione non ebbero efficacia risolutiva del dominio che con Giustiniano.[1]

Può tradersi a persona determinata come a persona incerta. *Traditio in incertam personam* vedevano i Romani nell'*iactus missilium.*[2]

Quando si trade in base a compravendita, in causa del fatto che la tradizione originaria era compravendita reale, la proprietà non passava in origine colla sola consegna della cosa; esigeasi anche il pagamento del prezzo; pagato però questo, la proprietà valea per acquistata dal momento della consegna. Al pagamento equivalse in seguito ogni garanzia (*satisfactio*) data per esso, e da ultimo il mero *fidem habere emptori.*

Si disse infine che l'acquirente deve possedere la cosa. Perciò, dove già non la possieda, deve prenderne possesso.[3] Valgono in proposito le regole ordinarie sul pos-

---

somma a mutuo. Ma nei due casi il suo pensiero non è causa giustificatrice della sua volontà di acquistare. Essa non ne è che un motivo determinante. La contraddizione fra la causa di tradere e il motivo per cui l'altra parte vuole acquistare non impedisce il passaggio del dominio. Così dice esplicitamente Giuliano nella l. 36, D. 41, 1. Manifesta un'opinione contraria Ulpiano nella l. 18 pr. D. 12, 1. Ma il testo è corrotto e riproduce l'opinione isolata di un compilatore. Del resto poi l'acquirente acquista il dominio anche se non si propone che di fare un lucro, ben sapendo che manca la causa propostasi dal tradente. Chi riceve una somma che sa non essergli dovuta da chi gliela dà per pagare ne diviene tuttavia proprietario. L'accordo nella causa tra tradente e acquirente ha solo importanza per il fatto che esso può servire a mutare la causa del possesso preesistente dell'acquirente. Dove invece, se accordo non v'ha, questo mutamento non si verifica.

[1] Lo si desume dal confronto tra Vat. Fragm. 283 e l. 2, C. 8, 54.

[2] § 46, I. 2, 1.

[3] È un errore il ritenere come fa il Girard, *Manuel,* pag. 295, che non possa tradere chi non possiede. Quando ad es. la *iusta causa* è la *litis aestimatio* in un'azione di rivendicazione contro il possessore *animo domini,* si ha tradizione, benchè il possesso resti inalte-

sesso e la presa di possesso anche circa la capacità dell'acquirente, che esporremo nella teoria del possesso. Ivi sarà pure a discorrere della *traditio brevi manu, longa manu* e del *constitutum possessorium.*

È appena necessario ricordare che l'acquirente, onde la tradizione sia valida, deve avere la capacità di divenir proprietario della cosa alienata.[1]

La volontà di trasferire la proprietà si desume dalle circostanze, dalla *iusta causa* e particolarmente dal consenso dato a possedere o si manifesti nell'aiuto prestato alla presa di possesso, o in atti e dichiarazioni da cui risulta il consenso dato a che l'acquirente prenda di per sè possesso o conservi il possesso che ha.

Non è necessario alla perfezione della tradizione che l'acquirente voglia acquistare la proprietà della cosa e tanto meno che voglia acquistarla dall'alienante.[2]

Le regole esposte sulla tradizione valgono per il trasferimento di ogni specie di cose sia mobili che immobili certamente sino al diritto giustinianeo. Si discute se in questo non siano richiesti documenti scritti e la pubblicità della tradizione per la tradizione di fondi.[3]

---

rato nel capo di chi lo avea prima. Si è già detto però che il possesso dell'acquirente può per la tradizione mutare di causa.

[1] Il preside di una provincia ad es., che non può acquistare beni in essa, non diviene per tradizione proprietario di un fondo di quella provincia.

[2] La tradizione non è quindi, come si è da molti sostenuto, un contratto nel senso odierno del termine. Tanto meno è un contratto formale, nel senso che la consegna della cosa sia la forma in cui si manifesta il consenso nel trasferire e rispettivamente acquistare il dominio. Elemento immanente della tradizione è solo che l'acquirente possieda e non che riceva il possesso per mezzo del tradente. Qui dove manca ogni solennità all'atto di traslazione del dominio si richiese il possesso del tradente, perchè non vi potesse essere contraddizione fra la disposizione di fatto e la giuridica. Le legislazioni odierne seguono un principio opposto a quello espresso dai Romani dicendo: *mancipationibus* (*traditionibus* nelle fonti giustinianee, l. 20, C. 2, 3) *et usucapionibus dominia rerum non nudis pactis transferuntur*, ammettendo che la proprietà sia trasferita per semplice accordo tra le parti. I Romani non diedero una simile efficacia alla mera convenzione che del tutto eccezionalmente.

[3] L. 1, § 2, C. 4, 3. V. NABER, *Observatiunculae de iure romano* LXVIII in *Mnemosyne,* vol. 24, pag. 162.

Essendo scomparse all'età giustinianea sia la *mancipatio* che la *in iure cessio,* della quale diremo, la tradizione è il modo normale e quasi esclusivo di trasferire il dominio tra vivi.

§ 83. — *In iure cessio.*

Costituita la città e sorti i giudizi, le parti che voleano rispettivamente trasferire ed acquistare per atto tra vivi un diritto suscettibile di rivendicazione ebbero un mezzo di far ciò nel processo di rivendicazione. Acquirente ed alienante comparivano insieme innanzi al magistrato, come per una citazione fatta dal primo al secondo. Innanzi al magistrato l'acquirente affermava che il diritto gli competeva. L'alienante, richiesto dal pretore se affermava che il diritto in questione competeva invece a lui, o taceva o negava di fare codesta contro affermazione (*in iure cedebat*) e il pretore allora confermava (*addicebat*) che il diritto spettava all'acquirente. Siccome la decisione del pretore facea stato non solo fra le parti, ma anche tra i loro aventi causa, così, mediante questo finto processo, il rivendicante si trovava investito del diritto che l'altra parte non aveva difeso. A questo modo di alienazione si dovette ricorrere, quando la legge non ne offriva un altro, perchè non ammetteva l'alienazione del diritto che si volea trasferire,[1] oppure quando il modo esisteva, ma venivano meno le circostanze, nelle quali era applicabile. Molto probabilmente l'*in iure cessio* si cominciò ad usare

[1] Così la città non vuole che si alieni la patria potestà e si ha l'*in iure cessio* della persona *loco servi* in figlio contemplata trattando dell'adozione. La città non vuole che si alieni la tutela e i tutori legittimi della donna, volendo sgravarsi di una tutela gravosa specialmente per la sua durata, ricorrono alla *in iure cessio tutelae.* La città non vuole che l'erede legittimo renda altri erede in suo luogo, e troviamo la *in iure cessio hereditatis,* di cui parleremo a suo luogo. Appartiene a questa categoria di casi anche quella *in iure cessio* che è la *manumissio vindicta,* nata dal non voler la città che alcuno desse per atto privato la libertà al servo; solo, per la particolarità del caso, l'alienazione qui diviene rinuncia a un diritto.

per la traslazione del dominio, diritto rivendicabile per eccellenza, in quest'ultima ipotesi.[1] Così a lato alla mancipazione, alla tradizione e all'usucapione, prodotti della vita precivica, si ebbe un altro modo d'acquisto del dominio, di carattere civico, che serviva indifferentemente alla traslazione delle *res mancipi* e *nec mancipi*, poichè essendo le une e le altre suscettibili di dominio quiritario, erano entrambe ugualmente rivendicabili e quindi cedibili *in iure*. Il diritto della città, che prima lo subì come processo, poi lo ricevette nella sua reale qualità di modo d'acquisto.

Essendo la *in iure cessio* una *legis actio*, non poteano servirsene persone *alieni iuris*,[2] nè peregrini o latini. Ai peregrini era vietata anche perchè appartenente all'*ius civile Romanorum* in senso stretto.

I suoi pregi consistevano rispetto alla tradizione, sino a che in questa il requisito della causa ebbe importanza, nel permettere il passaggio del dominio senza che si dicesse e che esistesse una causa d'alienare; e rispetto sia alla tradizione che alla mancipazione in ogni tempo nell'importare una constatazione da parte dell'autorità dell'alienazione avvenuta.

Fu tuttavia poco usata, perchè la necessità di udire il magistrato la rendeva incomoda. Dovea andare in disuso, quando la pratica necessità esposta per cui sorse,[3] venne meno.[4] In diritto giustinianeo è scomparsa.

---

[1] La *in iure cessio* permetteva di acquistare il dominio, dove non si potea pagare subito il prezzo, mentre invece in antico, come si vide, senza codesto pagamento non si acquistava nè con *mancipatio*, nè con tradizione. Per la stessa ragione si usò della *in iure cessio* per costituire servitù rustiche. Invece usò costituire con *in iure cessio* l'usufrutto, quando si volea fondarlo con atto tra vivi fuori dell'ipotesi, in cui poteva costituirsi per *deductio*. Dicasi lo stesso delle servitù urbane.

[2] È erroneo il motivo dato da Gaio, 2, 96.

[3] V. la nota 1 a questa pag.

[4] V. i §§ 80, 82.

§ 84. — Occupazione.

L'occupazione è la presa di possesso senza causa[1] di una cosa che non sia in proprietà,[2] ma possa cadere in proprietà.

In forza dell'ultimo requisito non si possono acquistare per occupazione le *res extra commercium*.

Occupante potea essere lo Stato (*occupatio publica*) o un privato (*occupatio privata*).

Nella prima ipotesi la cosa occupata diveniva *publica*. Nella seconda cadeva nella proprietà quiritaria del privato.[3]

Il caso precipuo di occupazione pubblica era l'*occupazione bellica*, detta così dal presupporre un *bellum indictum*. Si verificava quando lo Stato mediante le sue forze militari, agenti come suoi organi, s'impossessava di fondi o beni mobili appartenenti allo Stato belligerante nemico o ai suoi cittadini.

Fra i casi di occupazione privata ne rileveremo alcuni più importanti o caratteristici.

Si poteano acquistare per occupazione le *res hostiles*, ossia le cose di uno Stato straniero o di un suo citta-

---

[1] Conviene cioè prender possesso non per attuare una volontà vera o supposta altrui di perdere il possesso a favor nostro.

[2] Non si esige la scienza che la cosa sia di nessuno; si acquista per occupazione anche la cosa di nessuno che si crede altrui. Il che vuol dire che non occorre nemmeno il proposito di acquistare il dominio. — Equivale alla mancanza di proprietà il non essere la proprietà esistente sulla cosa tutelata dallo Stato romano.

[3] Essendo l'occupazione modo d'acquisto *iuris gentium*, v'ha chi ritiene che non si acquistasse con essa la proprietà quiritaria che sulle *res nec mancipi* e che quindi se si occupava una *res mancipi*, non se ne divenisse proprietari quiritari che dopo averla usucapita. Si disse però che sino a quando non si giunga a Giustiniano, non si usucapisce che in base a cause di alienazione e non ad un supposto modo d'acquisto originario. Onde la conseguenza vera di codesta opinione sarebbe che chi occupava una *res mancipi* non avrebbe mai potuto divenirne proprietario quiritario! In realtà l'opinione non ha base: la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi* conta rispetto al commercio delle cose; non conta nulla nei rispetti dei modi originari d'acquisto.

dino, se con codesto Stato Roma non si trovava in rapporti contrattuali d'amicizia.

Occupabili divenivano anche le cose che aveano la qualità di *res extra commercium*, se si spogliavano della qualità per cui eran tali. Così chi eriga un edificio sul lido, chi separi dall'acqua corrente una massa d'acqua diviene proprietario rispettivamente dell'area coll'edificio sovrappostovi e della massa d'acqua, perchè quella non ha più il carattere di lido, questa non è più acqua corrente.[1]

Il caso più importante di occupazione è costituito dalla caccia e dalla pesca.

Sono occupabili come *res nullius* gli animali selvatici viventi in naturale libertà o siano sempre vissuti in essa o l'abbiano ricuperata. Gli animali mansuefatti riacquistano la naturale libertà, quando abbiano perduta l'abitudine del ritorno presso il loro padrone; i non mansuefatti appena siano usciti dalla custodia dell'uomo. L'occupante diviene proprietario dell'animale in qualunque luogo lo prenda.[2] Se per impadronirsene entrò nel fondo altrui senza il permesso o contro il divieto del proprietario, qualora l'invasione costituisca una lesione del dominio o del possesso o un'offesa personale al proprietario, si troverà esposto alle azioni relative a questo competenti (*a.° negatoria, interdictum uti possidetis, a.° iniuriarium*), ma l'animale è in ogni modo suo. Al diritto romano è quindi ignoto un diritto di caccia nel senso di un diritto di cacciare in un determinato fondo, che altri possa ledere cacciando in esso. Per i Romani nessuno avea la facoltà di

---

[1] L'erezione dell'edificio sul lido doveva avvenire, per essere regolare, in seguito a permesso del magistrato, il quale non lo dava che se la costruzione potea farsi *sine incommodo ceterorum*. L'occupante godeva allora dell'interdetto *de loco publico fruendo*. Mancando il permesso, diveniva bensì proprietario, ma potea essere costretto a demolire l'edificio. — Se il mare tornava ad estendersi sul luogo occupato, siccome questo riassumeva così il carattere di *res omnium communis*, la proprietà si estingueva.

[2] Le questioni tanto agitate, quanto scipite, sul momento in cui l'animale può dirsi preso, cioè caduto nel possesso dell'occupante, appartengono alla teoria del possesso.

invadere il fondo altrui contro la volontà del proprietario per cacciare, ma nessuno neppure offendeva il diritto di alcuno col solo fatto di cacciare.[1]

Va infine menzionata l'occupazione delle *res derelictae*. Così diconsi le cose di cui ci disinteressiamo e rispetto alle quali teniamo perciò una condotta per cui diventano o rimangono apparentemente libere,[2] si trovano cioè in una condizione, in cui nessuno che voglia far valere la sua volontà su di una cosa la tiene.

Quel disinteressarsi costituisce l'elemento psichico, questa condotta l'elemento fisico della derelizione. Fra i due deve esistere rapporto di causa ad effetto. La derelizione è perfetta, quando esistano contemporaneamente.

Nel diritto giustinianeo la derelizione fatta dal proprietario della cosa la rende *nullius* e quindi acquistabile per occupazione. Chi prende possesso di una cosa che crede derelitta, se fu effettivamente derelitta, ma da chi non ne era proprietario, può acquistarne per usucapione la proprietà in base al titolo *pro derelicto*.[3]

---

[1] Se il fondo sia predisposto alla caccia o alla pesca e alcuno abbia su di esso un usufrutto, il proprietario non potrà esercitare il suo diritto di proprietà per entrar nel fondo a scopo di caccia; nè pretendere che i redditi della caccia esercitata dall'usufruttuario competano a lui, come esclusi dai proventi spettanti all'usufruttuario, alla pari ad es. degli alberi abbattuti dal vento. Questi principii sono in armonia sia col concetto romano che chiunque diventa proprietario dell'animale selvatico da lui preso, sia colla natura dell'usufrutto. Da essi non si può dedurre l'esistenza di un diritto di caccia a favore dell'usufruttuario e quindi connesso al suo diritto reale sul fondo.

[2] « Diventano » se ad es. alcuno getta via i cocci di un vaso; o se permette che il suo fondo assuma per l'opera del tempo e degli uomini l'aspetto di cosa di cui nessuno vuol disporre. « Rimangono » se ad es. rinuncia a ricercare la moneta smarrita per via. — È perciò impossibile derelinquere una cosa nostra posseduta da altri; perchè il possesso presuppone che la cosa sia apparentemente non libera. Ma è possibile derelinquere una cosa che non possediamo, come nel caso ultimo fatto.

[3] Le norme classiche intorno alla derelizione del proprietario sono molto incerte ed oggetto di viva discussione. Sappiamo che per i Sabiniani la cosa derelitta diveniva *nullius*, onde chi la occupava sapesse o no della derelizione la facea propria. I Proculiani sostenevano invece che la derelizione non facesse perdere la

Nelle fonti si ricordano inoltre come cose occupabili l'*insula quae in mari nascitur*,[1] i *lapilli, gemmae et cetera quae in litore inveniuntur*.[2] Su simili casi di occupazione non occorre intrattenersi.

§ 85. — Specificazione.

Si ha specificazione quando produciamo una cosa adoperando a codesto scopo come materia prima una cosa altrui.[3]

---

proprietà della cosa subito, ma solo quando altri se ne fosse impossessato. Con sicurezza più di questo dalle fonti non si deduce. Cercando però il fondamento dell'opinione proculiana, si è venuti alla conclusione che per i Proculiani la derelizione fosse una tradizione a quella qualunque persona che si impossesserà della cosa (*traditio in incertam personam*). E di qui si trasse la conseguenza ulteriore che se la cosa derelitta era una *res mancipi*, non se ne diveniva proprietari che in seguito ad usucapione. Noi riteniamo che l'idea della derelizione come tradizione ad una persona incerta non abbia servito che a far della derelizione una causa di usucapione (v. pag. 414, n. 1). Ma poichè tutta la discussione fra i giuristi verte sul punto: quando la cosa cessi di essere del derelinquente e non s'incontra mai la fraseologia propria della tradizione, anzi s'incontra quella dell'occupazione (*statim eum dominum effici*, § 47, I, 2, 1; *continuo meum fit*, l. 5, § 1, D. 41, 7), è da ritenere che da codesta idea nessuno abbia tratto ulteriori conseguenze. Gli effetti del concetto rimasero così limitati, perchè esso valeva solo come giustificazione logica dell'acquisto, non come designazione del modo. Certo l'opinione proculiana così si presenta come contenente una contraddizione in sè; secondo essa la cosa diviene di nessuno, quando diviene di alcuno. Ma i Proculiani possono anche non averla avvertita o averla trascurata.

[1] Conviene supporre, purchè nascendo si trovi sotto la sovranità dello Stato romano. — Occupabili come *res nullius* erano anche i fondi di nuova formazione nei fiumi non correnti fra agri arcifinii.

[2] Il parlarsi d'*inventio* e il chiamarsi *inventor* anzi che *occupans* chi prende simili cose non toglie che anche qui occorresse all'acquisto una presa di possesso.

[3] Perchè non si adopera ad un fine di produzione una cosa, non è specificare alcun lavoro diretto non già a distruggere una cosa per averne un prodotto, ma a godere di una cosa distruggendola, benchè se ne ottenga così un prodotto. Così ad es. non specifica chi brucia della legna per riscaldarsi, benchè ne ottenga del carbone; specifica invece chi la brucia per produrre appunto carbone. — Perchè manca nel concetto romano obbiettivamente una produzione, non è specificare qualunque trasformazione di un immobile come ad es.

La fattispecie della specificazione fu definita soltanto da Giustiniano.[1] Antecedentemente si consideravano dai giuristi soltanto alcuni casi concreti di specificazione,[2] non senza però avvertire la parità della loro natura.[3] In relazione ad essi si formarono due opinioni:[4] secondo l'una, sostenuta dai Sabiniani, il proprietario della cosa antica diveniva proprietario della nuova, perchè restava proprietario della sostanza dell'antica divenuta sostanza

---

ridurre un fondo coltivato a cava di pietre, un prato a vigneto, edificare, mutare una casa in un opificio, ecc. Ogni immobile era per i Romani un suolo in varie forme; e il suolo resta sempre lo stesso comunque si trasformi. Per lo stesso motivo nè per i Romani, nè per noi è specificare un semplice lavoro di « montatura » di pezzi di una cosa; e non lo è neppure il modificare una cosa senza farne una nuova, tale cioè che si distingua per caratteri essenziali dalla cosa antica. Non produce infatti ad es. un vestito chi lo tinge, nè un pollo chi lo cuoce; si ha sempre lo stesso vestito (tinto) e lo stesso pollo (cotto). Un criterio buono, ma non infallibile, per distinguere le modificazioni che importano produzione di cosa e quindi specificazione da quelle che non la importano è il subire o non subire per esse la cosa un mutamento di nome. L'idea di produzione è vaga; quindi circa al punto se si abbia o no, rispetto a questo requisito, specificazione, le incertezze sono inevitabili. Già gli antichi discutevano se chi trebbia il grano specifica, perchè fa colle spighe grano, o non specifica perchè il grano esiste bello e fatto nelle spighe e colla trebbiatura egli non fa che scoprirlo. Vedremo più innanzi, trattando della *media sententia*, altro esempio di questa incertezza. — Da ultimo non si ha specificazione se la produzione avviene per mero fatto naturale, nè se avviene per opera del proprietario della cosa che funge da materia prima. Nei due casi questi diviene proprietario della cosa nuova in forza della sua proprietà sull'antica. — Definendo la specificazione e traendo dalla definizione queste conseguenze ci siamo attenuti alle dichiarazioni e agli esempi contenuti nelle nostre fonti. Da un punto di vista filosofico o *de lege ferenda* può darsi che il concetto di specificazione meriti una più ampia estensione, come può darsi, al che incliniamo, che meriti di essere abbandonato.

[1] § 25, I. 2, 1. *Cum ex aliena materia species aliqua facta sit ab aliquo;* l. 7, § 7, D. 41, 1. *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit.* Il nome di « specificazione » fu coniato dagli interpreti sulla frase *speciem facere* comune ai due testi.

[2] Sono annoverati in Gaio 2, 79.

[3] Ciò risulta dalla pari decisione data per tutti.

[4] Il legame loro con teorie filosofiche contemporanee (aristoteliche, nuove peripatetiche, materialistiche stoiche) è troppo dubbio, perchè giovi neppur riferire le opinioni manifestate in proposito.

della nuova;[1] secondo l'altra, sostenuta dai Proculiani, non si dovea badare alla sostanza, ma, così va ritenuto,[2] al lavoro di produzione compiuto dallo specificante e quindi questi acquistava la proprietà della nuova cosa, sapesse egli o meno che l'antica era altrui. Chi specificava però una cosa da lui rubata era passibile d'*actio furti* per parte del proprietario di essa, il quale poteva inoltre ripetere la cosa estinta mediante *condictio furtiva.* Nella compilazione giustinianea sono riferiti esattamente i due opposti pareri, inesattamente il loro fondamento[3] ed è deciso il caso in conformità ad un'opinione media, che l'imperatore attribuisce a Gaio, ma che in realtà non fu di Gaio,[4] nè di alcun altro classico,[5] distinguendo secondo

---

[1] Col termine « sostanza » rendiamo ciò che Gaio chiama *substantia,* o anche *materia et substantia.* Nella relazione giustinianea della questione (l. 7, § 7, D. 41, 1) il termine *substantia* è evitato; si usa solo *materia,* ma, come noi crediamo, parendoci risultare nettamente dal § 25, I. 2, 1, i. f., nello stesso senso in cui Gaio parla di *materia et substantia* o anche solo di *substantia,* cioè adunque nel senso di: sostanza, contenuto materiale delle due cose. Il Bonfante, *Ist.,* § 84, n. 3, pensa invece che *materia* significhi « materia prima. » *Species* significa certo la cosa in quanto risponde a un tipo di cosa. Etimologicamente significa l'aspetto o l'apparenza di una cosa.

[2] Una dichiarazione testuale in proposito manca.

[3] L'imperatore ci dice che l'opinione proculiana dipendeva da ciò che *quod factum est antea nullius fuerat,* facendoci così credere che per i Proculiani l'acquisto dello specificante si verificasse per occupazione; e la sabiniana da ciò che il proprietario antico avea il merito di aver contribuito il materiale necessario a fare la nuova; il suo acquisto sarebbe adunque un premio al capitale.

[4] Le parole della l. 7, § 7, D. 41, 1 da *est tamen* a *reverti possunt* sono interpolate.

[5] Per Giustiniano la *media sententia* consisteva nell'ammettere che anche quando la cosa nuova era riducibile all'antica c'era specificazione, cioè appunto una cosa nuova; ma a motivo della riducibilità si attribuiva questa al proprietario dell'antica. È di questa opinione che affermiamo l'inesistenza. Non neghiamo invece l'esistenza di un'altra in altro modo divergente dal pensiero delle due scuole ed è che quando si dà una nuova forma a un metallo, non si fa mai una cosa nuova, perchè non si ha altro che metallo in una delle infinite forme che di sua natura per successive liquefazioni e coagulazioni può assumere, onde il metallo nella nuova forma resta di colui a cui apparteneva nella vecchia. Questa è opinione sensata. Essa muove dalla stessa considerazione per cui io non esito a dire che chi dà a una massa di cioccolata o di burro la forma di una

che la nuova cosa può ridursi ancora all'antica o no. Se può, essa appartiene al proprietario dell'antica, e si ha la stessa condizione di cose che si avrebbe se questi fosse l'autore della specificazione; se non può, appartiene allo specificante. L'imperatore soggiunge però che se la nuova cosa è stata fatta in parte con materia dello specificante, appartiene sempre a questo. Infine vuole, onde lo specificante acquisti, che la cosa specificata non sia furtiva[1] e che egli sia in buona fede.[2]

Nè il proprietario della cosa antica che perdeva per la specificazione la proprietà su di essa secondo l'opinione proculiana; nè lo specificante che subiva spese per compiere la specificazione, senza divenire proprietario della cosa nuova, secondo l'opinione sabiniana, aveano alcuna azione d'indennizzo fondata sul mero fatto rispettivamente del dominio perduto e delle spese subite. Sol-

statua, non specifica. Di soli metalli parlano l. 5, § 1, D. 6, 1 nella parte seconda che si riferisce al caso; l. 12, § 1, D. 41, 1; l. 88, § 3, D. 32; l. 78, § 4, D. eod., che esprime nettamente il pensiero in che consisteva veramente la pseudo *media sententia* giustinianea: *quippe ea* [e lo scrittore non pensava che ai metalli] *quae talis naturae sint ut saepius in sua redigi possint initia, ea materiae potentia victa numquam vires eius effugiant;* l. 24, D. 41, 1. Persino Giustiniano, esemplificando la *media sententia* nella l. 7, § 7, D. 41, 1 non seppe che citare forme date a metalli, perchè non d'altro caso i classici parlavano. Paolo, che si fa o il fondatore o il più valido propugnatore della *media sententia,* come rivela il suo vero pensiero nella l. 78, § 4 cit. in forma diretta, così lo rivela in forma indiretta nella l. 26 pr., D. 41, 1. Là, egli dice: chi legò argento legò anche gli oggetti d'argento, perchè non sono che argento in una data forma; qui dice: chi fa un vestito con della lana fa un vestito di lana, e non dà soltanto forma alla lana. Che il vestito possa ridursi a lana lo sa, ma non vi bada. Non era dunque la riducibilità a cui guardavano certi classici; essi guardavano all'indifferenza della forma rispetto ai metalli, per il loro destino di poter *saepius in sua redigi initia.* Giustiniano generalizzò la fattispecie, alterando l'opinione relativa al modo veduto. Sono interpolazioni fatte *ad hoc,* oltre quella menzionata, anche le proposizioni *quoniam.... non continent* in l. 5, § 1, D. 6, 1 e *in omnibus.... dicendum est* in l. 24, D. 41, 1.

[1] Se è tale, accorda al proprietario dell'antica la *condictio furtiva* non solo per la cosa estinta, ma anche per la nuova, v. l. 52, § 14, D. 47, 2.

[2] Tanto risulta da l. 12, § 3, D. 10, 4 e precisamente dall'interpolazione delle parole *cum sciret haec aliena esse.*

tanto, data la seconda opinione, se lo specificante deteneva la cosa, poteva, in applicazione delle regole proprie della rivendicazione, opponendo al proprietario rivendicante l'*exceptio doli*, ritenerla finchè non fosse stato risarcito delle spese.

Per alcuni, in diritto giustinianeo, il proprietario della cosa antica nei casi in cui non acquista quella della nuova ha sempre una *rei vindicatio utilis* diretta al valore della cosa antica contro lo specificante; per altri ne gode solo chi abbia donata al proprio coniuge la cosa poi da questo specificata. Dove lo specificante non acquisti la nuova cosa, egli resta per le spese nella condizione veduta conforme alla teoria sabiniana.[1]

§ 86. — Scoperta di un tesoro.

Secondo le definizioni che ce ne danno le nostre fonti, il tesoro consiste: *a*) in una cosa di valore; *b*) stata nascosta; *c*) in tempo antico.[2]

---

[1] I diritti su cosa altrui, che gravassero sulla cosa antica, perduravano sulla nuova se questa apparteneva al proprietario di quella; si estinguevano nel caso contrario. Soltanto perivano anche nella prima ipotesi i diritti d'usufrutto e d'uso, perchè questi si estinguono col solo mutar la cosa, che ne è gravata, di *species*.

[2] L. 31, § 1, D. 41, 1. *Thesaurus est vetus quaedam depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut jam dominum non habeat, sic enim fit eius qui invenerit quod non alterius sit;* l. un., C. 10, 15: *condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia* (*monilia?* così l. 2, C.Th. 10,18); Cassiodoro, Var. VI, 8, *depositivae pecuniae, quae longa vetustate competentes dominos amiserunt.* — Estraggo da queste definizioni soltanto i tre requisiti esposti nel testo, perchè mi sembra che nella prima definizione, di Paolo, l'esigenza che non resti memoria del deposito non sia che una parafrasi di *vetus;* nella seconda, di Leone, l'esigenza che il deposito sia stato fatto da proprietari ignoti non sia che una maniera indiretta di dire ciò che dicono Paolo e Cassiodoro, ossia che la cosa non abbia più padrone e perchè infine a sua volta questa inesistenza del proprietario non è intesa da nessuno dei tre come un requisito a sè del tesoro, ma come una mera conseguenza dell'antichità del deposito, conseguenza insostenibile giuridicamente, perchè una prescrizione estintiva del dominio non esiste. Del resto la più precisa interpretazione di queste definizioni non ha importanza; esse sono e resteranno sempre, nonostante ogni acutezza di esegesi, imperfette.

Per il diritto giustinianeo[1] chi scopre un tesoro ne acquista per intero la proprietà, se lo trovò sia in un fondo proprio che di nessuno accidentalmente o dietro apposite ricerche; lo acquista ancora per intero, se lo trovò accidentalmente in un fondo sacro o religioso.[2] Se invece lo trovò nel fondo altrui accidentalmente o in seguito a ricerche fatte col permesso del proprietario,[3] sia questi un privato, l'imperatore o una *res publica*, gliene spetta solo una metà, mentre l'altra metà spetta al proprietario del fondo.[4] Il quale lo acquista tutto se l'inventore lo scoprì dietro ricerche eseguite senza suo permesso o per suo incarico.[5] È discusso il titolo d'acquisto dell'inventore.[6] L'acquisto del proprietario non inven-

---

[1] Nel diritto anteriore il tesoro fu prima trattato come una parte del fondo in cui era nascosto; poscia, ancora durante la repubblica, come cosa a sè; ma ignoriamo che norme giuridiche si applicassero nell' ipotesi di sua invenzione. Pare probabile che per tutto il primo impero sino ad Adriano fosse attribuito al fisco. Adriano lo attribuì ai privati. In seguito la legislazione continuò ad oscillare più volte fra l'attribuirlo al fisco e l'attribuirlo ai privati.

[2] Si ritiene generalmente che la l. 3, § 10, D. 49, 14, che darebbe un risultato diverso, non abbia che il valore di una notizia storica e si riferisse ai luoghi sacri o religiosi provinciali. — Se il tesoro è trovato in un fondo sacro o religioso *data opera,* spetta al fisco.

[3] Per altri il divieto di cercar tesori nell'altrui è assoluto; chi lo viola non acquista nulla, neanche se ottenne il permesso del proprietario.

[4] È dubbio però se il proprietario del fondo acquisti *ipso iure* per il fatto e al momento della scoperta la comproprietà per la metà del tesoro, come vuole l'opinione comune, mentre l'inventore acquista (e su questo non cade dubbio) l'altra metà; o se l'inventore acquisti la proprietà di tutto il tesoro, e il proprietario abbia di fronte a lui soltanto un diritto di credito a che gli sia trasferita la proprietà della metà.

[5] La l. 1, C. 10, 5 contempla il caso che il proprietario del fondo abbia ricercato il tesoro *sceleratis ac puniendis sacrificiis aut alia qualibet arte legibus odiosa,* ma non fa prescrizioni per esso. Onde v'ha chi ritiene che chiunque, anche se non proprietario del fondo, trovasse con simili arti il tesoro fosse punito, ma lo acquistasse, e v'ha chi ritiene invece che non lo acquistasse, ma che in tal caso il tesoro fosse devoluto al fisco.

[6] Occupazione? invenzione? Questa come una forma attenuata di quella o come ipotesi a sè? La questione è particolarmente im-

tore[1] si verifica *ope legis* e di una legge che non ha per sè alcuna plausibile ragione. È opinione comune che il tesoro trovato in un mobile vada trattato come quello trovato in un immobile.[2]

§ 87. — Agro deserto.

Fra i molti provvedimenti presi nella decadenza dell'impero per impedire che i fondi fossero lasciati incolti dai loro proprietari,[3] sono particolarmente importanti

---

portante rispetto all'esigenza o meno che l'inventore s'impossessi del tesoro. — Chi afferma che l'acquisto del tesoro si verifichi per occupazione deve ammettere che il tesoro sia *res nullius*, e questo non si desume dalle fonti (la frase *ut iam dominum non habeat* della l. 31, § 1, D. 41, 1 cit. è troppo fragile base, tanto più che è smentita dall'altra *quia scit alienum esse* in l. 3, § 3, D. 41, 2) nè dai principii generali del nostro diritto. La questione risguarda anche l'intero acquisto del proprietario inventore. Crediamo infatti inesatto pensare che questi acquisti la proprietà di tutto il tesoro metà come inventore e metà come proprietario. La l. 7, § 12, D. 24, 3 si spiega considerando che appunto il tesoro scoperto dal marito nel fondo dotale è detto trovato *quasi in alieno*.

[1] Sia proprietà, sia credito, v. la nota 4 a pag. 437.

[2] Abbiamo, trattando dell'acquisto del tesoro, toccato parecchie questioni, senza, in generale, deciderle. Di molte altre abbiamo taciuto. La ragione si è che l'istituto dell'acquisto del tesoro è in sè illogico, così che, dove manca la sentenza precisa dei testi, non si sa quasi mai da che punti di vista muovere per fare un ragionamento e venire ad una conclusione giuridicamente soddisfacente. L'illogicità deriva dall'essere mossa la legislazione da un'ipotesi empirica, non determinata cioè da elementi di valore giuridico e dall'avervi adattato la decisione, lasciandola tale. Si veda in proposito il mio lavoro *Contro l'istituto giuridico dell'acquisto del tesoro*, Milano, 1890.

[3] L'abbandono dei fondi era un fatto assai frequente nel tardo impero per un complesso di cause (gravità dell'imposta, invasioni barbariche, scarsa difesa contro i malviventi, deficienza di capitale e di braccia) che rendeano pericoloso lo starvi e non remunerativo il coltivarli. Lo Stato cercava d'impedirlo o di sostituire altri proprietari ai cessanti perchè non fosse diminuito il gettito dell'imposta fondiaria. È bene ricordare a questo luogo che ad evitare codesta diminuzione si giunse a prescrivere che chi avesse comperato da un possessore di più terre i fondi, la cultura dei quali era remunerativa, dovesse pagare l'imposta anche per i fondi, la cultura dei quali non era remunerativa rimasti al venditore. Con questa e altre disposizioni si cercava di creare e mantenere uniti nelle mani

due leggi passate dal Teodosiano nella legislazione giustinianea e sono la l. 8, C. 11, 59, a. 388-392, e la l. 11, C. eod., a. 400. La prima attribuisce la proprietà di fondi lontani o prossimi ai confini, che siano *deserti domino cessante*, ossia, come noi crediamo, che siano stati abbandonati di fatto (la legge non presuppone una derelizione in senso tecnico), lasciandoli incolti, dal loro proprietario, a chi li occupi e li coltivi, scorsi due anni dall'occupazione, se in questo frattempo il proprietario non li rivendicò, offrendo insieme di risarcire il coltivatore delle spese. La seconda dispone che i proprietari, i quali si ritirarono dai loro fondi dovunque situati, siano mediante editto invitati a ritornarvi entro sei mesi. Se non lo facciano e confessino con ciò di essere impari a pagare i tributi nuovi e i vecchi, che la legge lascia, se ritornino, a loro carico, la proprietà dei fondi è attribuita a chiunque li occupi e prometta di pagare un canone tributario, cui dovrà corrispondere solo dal giorno della presa di possesso.[1]

§ 88. — Acquisto dei frutti.[2]

Il proprietario della cosa madre acquista la proprietà dei suoi frutti,[3] non nel momento in cui egli li racco-

---

dello stesso contribuente blocchi di fondi in parte fertili e in parte non fertili, onde il reddito di quelli permettesse di pagare l'imposta e per quelli e per questi.

[1] Le due leggi si integrano. La prima suppone l'abbandono di fondi lontani, del quale l'autorità può non aver notizia e istituisce una specie di usucapione fondata sull'occupazione e la cultura biennale senza buona fede. La seconda suppone un abbandono di fondi dovunque situati del quale l'autorità ha notizia e istituisce una procedura che conduce all'espropriazione dell'antico proprietario a favore dell'occupante.

[2] Parliamo qui sempre dei frutti naturali non dei civili, comprendendo tra i primi anche i prodotti delle cave e delle miniere.

[3] Diciamo « acquista, » perchè la sua proprietà dei frutti è nuova ed è nuova perchè il frutto è per i Romani cosa nuova per la sua natura di frutto. Altri sostiene che è cosa nuova, perchè è una parte staccata e resa quindi autonoma della cosa madre. Onde ammette che su qualunque altra parte staccata dalla cosa il proprietario di questa cominci un nuovo dominio. Ciò è contrario all'insegnamento evidente dei testi. I Romani infatti non chiamano mai le parti staccate che non siano frutti *res futurae*, come chiamano invece i frutti;

glie, ne fa cioè la percezione, dopo che sono separati dalla cosa, ma sino dal momento in cui avviene la loro separazione.[1]

Lo stesso va detto del possessore di buona fede, purchè sia in buona fede al momento della separazione,[2] ma, secondo il diritto giustinianeo egli deve trasmettere per

---

ed ammettono che su codeste parti continui lo stesso diritto che le colpiva nell'intero. Se ad un fondo spetti una servitù e sia venduto per parti, la servitù segue le parti, perchè spettava prima, dice Paolo, a tutte le sue parti, l. 73, § 1, D. 8, 3. Cfr. anche l. 25, D. 8, 3; l. 13, § 1, D. 8, 3. — Il dubbio: *an et areae* che solleva Giuliano in l. 5, § 2, D. 7, 4 per il caso che crolli l'edificio su cui grava l'usufrutto, dimostra che, senza la natura particolare di questo diritto, si avrebbe applicato al caso il principio che vale per le servitù. — Anche il pegno continua sulle parti: l. 21, D. 13, 7 e l. 16, D. 20, 1 confrontata con l. 5, § 2, D. 7, 4 cit. e l. 9, § 4, D. eod. — Per la proprietà sugli immobili vedasi l. 7, § 4, D. 41, 1; l. 67, D. 6, 1; l. 14, D. 41, 1, e le sentenze in materia di cosa religiosa l. 73, D. 18, 1; l. 6, § 3, D. 1, 8; l. 43, D. 6, 1; circa ai mobili si possono citare l. 22, D. de leg. I; l. 11, §§ 8-10, D. 6, 2; l. 10, § 2, D. 41, 3; forse anche l. 17, D. 34, 2 se rifletteva un legato per *vindicationem*. Sta a favore del nostro concetto anche l'ammettersi proprietà *pro diviso* di cosa mobile e quanto si decide circa l'*exceptio rei iudicatae* l. 7 pr., D. 44, 7; l. 21, § 1, D. 44, 2. Infine vedasi anche l. 49, § 1, D. 6, 1. — Non contano in materia i testi su cui si fondano i contraddittori; § 25, I. 2, 1 e Gaio 2, 79 riflettono un caso di separazione-specificazione; l. 14, §§ 2, 3, D. 13, 1 è dominata dal concetto di furto e di *contrectatio;* l. 88, § 2, D. 32 si spiega coi principii propri del legato e così l. 6, § 1, D. 34, 2.

[1] Avvenga per fatto naturale o per opera di chiunque.

[2] Giuliano sosteneva ancora l'antico principio che il possessore che si era impossessato della cosa in buona fede faceva suoi i frutti, finchè la cosa non fosse evitta, benchè si trovasse in mala fede. Presso Pomponio e i giuristi posteriori vinse l'opinione esposta nel testo. Le fonti classiche non danno altra ragione dell'acquisto in discorso se non che il possessore di b. f. è pareggiato al proprietario; ed evidentemente questa non è una ragione. Le Istituzioni dicono che i frutti spettano al possessore di b. f. *pro cultura et cura* il che importerebbe che il possessore b. f. non acquistasse che i frutti prodotti col suo lavoro. Ciò è in realtà affermato in l. 45, D. 22, 1. Per me sono interpolate sia le citate parole delle Istituzioni che tutte quelle di questa legge da *illos* a *nascitur*. Queste interpolazioni nel sistema della compilazione vanno ritenute espressioni di un proposito di alterazione dell'antico diritto che fu poi in realtà abbandonato. L'abbandono è espresso specialmente nelle parole interpolate *non tantum.... in omnes* della l. 48 pr., D. 22, 1.

via di tradizione al proprietario che rivendichi la cosa madre la proprietà dei frutti ancora *extantes* presso di lui.[1] Non risponde quindi a nessun titolo dei frutti consumati.[2]-[3]

Il precarista acquista i frutti colla separazione o colla percezione secondo che il precario gli è stato concesso rispettivamente da chi li acquista con l'una o con l'altra.[4]

Per una probabile parificazione della loro situazione giuridica a quella di un proprietario acquistarono sempre colla separazione i frutti il possessore di un *ager vectigalis* e l'enfiteuta.[5]

L'usufruttuario acquista la proprietà dei frutti colla loro percezione, anzichè al momento della separazione.[6] Nel tratto di tempo che eventualmente può correre tra

---

[1] L'obbligo di restituzione dei frutti *extantes* secondo alcuni che si richiamano alla l. 22, C. 3, 32, per altri e per noi interpolata, sarebbe sorto alla fine della giurisprudenza classica o nel diritto postclassico. Esso è ripetutamente sancito nel diritto giustinianeo, ma in una forma infelice. L'imperatore si giovò per esprimerlo della frase classica *b. f. possessor fructus suos facit,* interpolando dopo *fructus* il termine *consumtos,* così da parere che egli ritenga che il proprietario della cosa madre acquisti tutti i frutti e solo perda a favore del possessore di b. f. quella parte dei frutti che questi consuma, il quale così acquisterebbe il dominio di una cosa per l'appunto nel momento in cui questa cessa di esistere. Poichè si è acquistata la nozione del modo con cui sorse la sentenza bizantina: *b. f. possessor fructus consumptos suos facit,* non è più luogo ad altra sua interpretazione da quella esposta nel testo.

[2] Per frutti consumati s'intendono così quelli distrutti che quelli alienati. Il possessore di b. f. non deve neppure rendere al rivendicante l'equivalente, che ancora ritenesse, di un'alienazione fattane a titolo oneroso (controverso).

[3] La proprietà acquisita dal possessore di b. f. fu sempre quiritaria (controverso).

[4] L. 8, § 4, D. 43, 26. Isid. orig. V, 25, 17; l. 13, § 21, D. 19, 1. Conforta la nostra tesi di un acquisto originario la norma che vale per l'*ager vectigalis,* e la natura stessa del precario.

[5] Il principio è espresso in un unico testo: l. 25, § 1, D. 22, 1 tutto interpolato, perchè fa parte di un'appendice mal connessa alla sentenza classica che finiva con *habent* o al più con *fuerint.*

[6] È probabile, in base a l. 28 pr., D. 22, 1, che in antico anche l'usufruttuario facesse suoi i frutti colla separazione e che il principio esposto nel testo sia prevalso per l'autorità di Giuliano.

la separazione e la percezione i frutti sono del proprietario della cosa gravata dall'usufrutto, ma la sua proprietà dei frutti, come i diritti sulla cosa altrui che avesse costituiti su di essi, si estinguono colla percezione fattane dall'usufruttuario.[1]-[2] Colla percezione acquista i frutti anche il titolare di una servitù (ad es. *cretae eximendae*) che dà diritto all'estrazione di materiali dal fondo altrui.

In tutti i casi veduti è indifferente per opera di chi i frutti siano stati prodotti. La proprietà dei frutti è acquisita, dicon gli antichi, *iure corporis* e non *iure seminis*.[3]

§ 89. — Accessione e alienazione per accessione.

Se la cosa di una persona si amplia per l'aggiunta di quella di un'altra, all'ampliamento della cosa corrisponde un ampliamento del dominio su di essa il quale si distende anche sopra la cosa aggiunta. In questo senso e non in quello che il proprietario della cosa ampliata aggiunga al suo dominio precedente un altro sulla cosa ag-

---

[1] Questi acquista tanto i frutti colti maturi che quelli colti immaturi; ma nel secondo caso risponde verso il proprietario per la *cautio fructuaria*.

[2] È ammesso l'usufrutto di un gregge come di cosa che resta sempre la medesima, poichè al posto dei *capita demortua vel inutilia* subentrano i nuovi nati dal gregge. L'usufruttuario di un gregge non acquista quindi come frutti che i nuovi nati eccedenti in numero i vecchi capi eliminati. La costruzione giuridica del caso era discussa fra Giuliano e Pomponio e forse altri giuristi ancora (ll. 69, 70, 12, § 5, D. 7, 1). Sembra che Giustiniano si decida a favore di Giuliano, secondo il quale la proprietà dei nuovi nati è pendente, finchè non avviene la surrogazione. Avvenuta questa, si ritiene che i surrogati sieno stati sin dalla loro nascita del proprietario del gregge; i non surrogati dell'usufruttuario.

[3] Secondo l'opinione comune il conduttore di un fondo acquista invece la proprietà dei frutti per una tradizione che gliene fa il locatore. Questo può essere esatto per il diritto giustinianeo. Nel diritto anteriore riteniamo che il colono facesse suoi i frutti come il precarista, perchè la locazione non è che un precario a mercede. I testi su cui si fonda l'opinione comune o sono indifferenti o hanno subito gravi alterazioni. Certo invece per via di tradizione acquista la proprietà dei frutti il creditore anticretico.

giunta, si parla in questo caso di un acquisto del dominio, che prende il nome di acquisto per accessione.[1] Presupposto perchè si possa dire che una cosa si amplia per l'aggiunta di un'altra si è che quella sia principale e questa accessoria.[2] L'acquisto in discorso è la conseguenza del prevalere nell'intero dell'una sull'altra.[3]

I Romani anzichè contemplare in genere l'ipotesi di accessione, distinsero vari casi dominati dal concetto di accessione. Sono: l'unione di due cose solide entrambe mobili, preesistenti all'unione e discernibili ancora nella loro individualità in questa, la *tinctura*, la *scriptura*, la *pictura* su tavola, la *satio*, la *plantatio* e l'*inaedificatio*.

Nel primo caso, che può assumere forme infinite, lasciavano necessariamente al giudizio comune di sentenziare quando delle due cose l'una fosse principale e l'altra accessoria. Nel secondo e nel terzo la giurisprudenza stessa stabilì senza, come pare, discussione che la stoffa è la cosa principale rispetto al colore, che la carta o le membrane sono la cosa principale rispetto allo scritto. Trattandosi della pittura, molti giuristi pensavano che, per analogia

---

[1] I Romani non hanno un nome tecnico per questo modo d'acquisto. Ma il pensiero su cui si fonda è bene espresso in l. 23, § 4, D. 6, 1: *res mea per praevalentiam alienam rem trahit, meamque efficit.* — L'acquisto si verifica non ostante ogni contrario accordo delle parti. Se le parti si accordano di compiere l'unione coll'idea che l'intero sia comune, l'attuazione di questa loro volontà non si compie mai per il fatto dell'accordo e dell'unione, ma in modi vari, sui quali non c'intratteniamo, a seconda dei casi.

[2] È impossibile esprimere con una formula l'antitesi tra cosa principale e accessoria per la varietà dei punti di vista che secondo le varie cose determinano la prevalenza dell'una sull'altra.

[3] Se le due cose di diversi proprietari stanno fra loro in rapporto di uguaglianza, nulla si muta per il fatto della riunione nei rapporti di proprietà su di esse; v. l. 27, § 2, D. 41, 1. — Se le due cose siano dello stesso proprietario, allora siano esse in rapporto di uguaglianza o no, diventano oggetto, per il fatto della riunione, di un unico diritto di proprietà, perchè l'unificazione loro unifica i due precedenti dominii. — Se delle due cose l'una è in proprietà e l'altra di nessuno, nel caso che stiano in rapporto di uguaglianza restano, nonostante la riunione, nella stessa condizione giuridica di prima; nel caso contrario, se è di nessuno la cosa accessoria, questa è acquisita al proprietario della principale; se è di nessuno la principale, diviene di nessuno anche l'accessoria.

alla *scriptura*, la tavola fosse la cosa principale rispetto al dipinto; altri invece, in causa del pregio normale maggiore del dipinto rispetto alla tavola, professavano l'opinione opposta ed è a quest'ultima opinione che aderì Giustiniano.[1]

Il fondo è per i Romani sempre la cosa principale rispetto a tutto ciò che vi s'incorpori così da formare con esso unità, onde cade in proprietà del proprietario del fondo ogni cosa altrui incorporatavi in tal modo, così il seme gettatovi come la pianta trapiantatavi,[2] come infine i materiali impiegati in una costruzione[3] (*superficies* da *super-facere*) eretta in esso.[4]

Va ora considerata la situazione reciproca dei due proprietari in tutti i casi di accessione.

---

[1] La riduzione dei tre ultimi casi sotto il concetto di accessione non parmi plausibile. Io ridurrei *scriptura* e *pictura* a specificazione; colla carta e l'inchiostro si fa manoscritto; colla tavola e i colori si fa il quadro. La *tinctura* la considererei distruzione di cosa e così considererei tutti i casi affini (inzuppare in un liquido, dorare, verniciare, smaltare) in cui l'unione di un'altra materia alla cosa non la amplia nel concetto comune, ma le dona una qualità che non aveva. Così ad es. se s'indora una cornice, non si ha cornice e doratura, ma una cornice dorata.

[2] L'incorporazione rispetto al seme si considera avvenuta, quando abbia germinato; rispetto alla pianta, quando abbia messo le radici. Anteriormente il seme sparso sul fondo e la pianta inclusavi sono soltanto contenute in esso.

[3] Non si ha *inaedificatio* nel caso che si costruisca un edificio di legno sopra il suolo, così che sia mobile (l. 60, D. 41, 1); perchè manca l'incorporazione. E così pure per lo stesso motivo non si ha *inaedificatio*, se s'infiggono nel suolo *vasa vinaria torcularia* (l. 17 pr., D. 19, 1); questi sono contenuti nel suolo, anzi che parte di esso. — Il nome di *inaedificatio* deriva dal caso più frequente d'incorporazione di materiali: la costruzione di un edificio. Ma si avea *inaedificatio* anche nel caso che si piantassero dei pali a sostegno delle viti, che si murasse una lapide in un edificio esistente, che si dipingesse sulla parete di una casa, ecc. — Quanto alla costruzione dell'acquisto del dominio vedi la nota 2 a pag. 445.

[4] Il principio dipende per le origini dalla natura di territorio nazionale propria del fondo gentilizio. Anche oggi la sovranità territoriale dello Stato investe la terra e tutto ciò che è incorporato nella terra. Avendo la nostra proprietà fondiaria carattere esclusivamente economico, essendo cioè sola proprietà e punto sovranità, è naturale che oggi codesto principio sia in gran parte abbandonato.

Posto che le due cose siano separabili così che si possa ripristinare nella loro autonomia le identiche cose di prima,[1] allora il principio generale si è che il proprietario della cosa accessoria, se possiede l'intero, può toglierne la cosa aggiunta anche in occasione della *rei vindicatio* dell'intero da parte dell'attuale suo proprietario. Se invece non lo possiede, può agire *ad exhibendum* contro il possessore per far separare la sua cosa e, a separazione avvenuta, può rivendicarla e riacquistarne così il dominio.[2]

Questa regola subisce però due eccezioni. Anzitutto, se il proprietario della cosa accessoria la unì alla principale altrui, sapendo che questa era principale ed era altrui, in tal caso per i Romani la riunione non era che

---

[1] Le due cose sono inseparabili non solo nel caso di *scriptura, tinctura, pictura, satio,* ma anche in quello di *plantatio,* perchè, notavano i Romani, l'alimento del terreno rende la pianta diversa da prima. L' *inaedificatio* è un caso di unione separabile. Invece si può avere un'unione così separabile che inseparabile nella prima fattispecie di acquisto per accessione da noi contemplata. Rispetto a questo caso come esempi antitetici di unione separabile e inseparabile sono opposti nelle fonti l'*adplumbare* e il *ferruminare.* Due cose saldate col *plumbum* (piombo o stagno) non si confondeano per i Romani; della *ferruminatio* invece (saldatura di oggetti dello stesso metallo con certe materie diverse dal *plumbum*) diceano che *per eandem materiam facit confusionem* (l. 23, § 5, D. 6, 1), ossia che produceva una confusione delle molecole delle due cose nel punto di unione, così che la separazione non potea ripristinare esattamente le cose di prima. La l. 7, § 2, D. 10, 4 reca, sempre nei limiti della fattispecie suaccennata, molti esempi di unione separabile tra cui è anche la *textura,* il caso cioè che sia stato intessuto del filo (si pensi a filo di porpora) alla stoffa altrui. Nel § 26, I. 2, 1 è presentata invece come caso di unione inseparabile. Le parole relative non sono però di Gaio, come sostiene il Ferrini, *Pand.,* pag. 379. E si può dubitare che i compilatori abbiano avuto piena coscienza di quel che venivano a dire, interpolandole malamente in un brano delle Istituzioni (e non delle *res cottidianae*) di Gaio.

[2] Per questo caso le fonti si esprimono indifferentemente in due modi opposti, l'uno corrispondente all' idea che la proprietà sulla cosa accessoria non si estingue nell'unione, ma riposa, per ridestarsi a separazione avvenuta; l'altro corrispondente all' idea che durante l'unione la proprietà si estingue per rinascere colla separazione. Tra gli scrittori moderni le due costruzioni del caso trovano entrambi difensori. È per me più esatta la seconda.

un mezzo di cui egli si giovava per trasferire la proprietà della cosa accessoria al proprietario della cosa principale, il quale acquistava adunque quella per un modo d'acquisto a sè che chiameremo « alienazione per accessione » in quanto risulta insieme della volontà d'alienare e della riunione.[1] Per conseguenza le facoltà prima menzionate del proprietario della cosa accessoria venivano interamente meno.[2]

La seconda eccezione riflette la sola inedificazione. Il diritto vietava al proprietario dei materiali incorporati nel suolo altrui di agire con *actio ad exhibendum* per ottenerne la separazione.[3] Egli dovea attendere, per po-

---

[1] Gli scrittori non parlano mai di questo modo di acquisto. Per essi il caso è un caso ordinario d'acquisto per accessione. La scienza del proprietario della cosa accessoria che la principale è altrui non conta che per escludere le azioni, di cui nel testo. La nostra affermazione si fonda sopra le esplicite dichiarazioni delle fonti, ove l'acquisto del dominio in tal caso è considerato come effetto di alienazione, come dipendente cioè dalla volontà del proprietario della cosa accessoria di renderla altrui. Vedasi l. 39 pr., D. 6, 1; l. 7, § 12, D. 41, 1; § 30, I. 2, 1 e la stessa l. 2, § 1, C. 3, 32, se si trascuri la glossa o interpolazione *sive.... extructum* e si tenga conto a ogni modo dell'ipotesi fattavi di donazione. I testi risguardano tutti il caso di *inaedificatio,* dove chiunque conosce che il fondo è cosa principale rispetto alla costruzione. Di qui ho desunto il requisito che il riunente sappia che la cosa altrui è principale, requisito che deriva del resto anche dalla logica.

[2] Se si ammetta in base a l. 2, § 1, C. 3, 32 che Giustiniano con l'interpolazione indicata alla nota precedente accordò al costruttore in mala fede e quindi per analogia ad ogni riunente in mala fede il diritto di togliere la sua cosa accessoria aggiunta, di agire ad *exhibendum* per essa e di rivendicarla (salvo i limiti che vedremo per l'inedificazione), il modo d'acquisto da noi rilevato non scompare per questo. Esso sta nell'ipotesi di materiali inedificati da appaltatori della costruzione e sta nel caso di inedificazione per donazione e in tutti i casi equivalenti di unione di mobile a mobile.

[3] La norma eccezionale dipende da una disposizione delle XII tavole: *tignum iunctum aedibus vineave et concapit ne solvito;* a cui forse se ne connetteva per il *tignum* aggiunto alla vite un'altra oscurissima, serbataci mutila: .... *quandoque sarpta, donec dempta erunt....* Dalle XII tavole deriva anche l'*actio de tigno iuncto* di cui nel testo. Le XII tavole miravano a custodire l'integrità delle case e dei vigneti. Fattasi Roma ricca di edifici e sorto il senso e la cura della bellezza della città, si pensò contro il vero che mirassero a impedire

tere rivendicarli, che fossero per qualche causa separati. Gli era però accordata un'azione (*actio de tigno iuncto*) diretta al doppio valore dei materiali[1] per il caso che fossero furtivi, azione che andava sperimentata contro il possessore dell'edificio fosse o no l'autore della riunione e, nel primo caso, li avesse uniti sapendo o no che erano altrui. Il pagamento del doppio non eliminava la facoltà di rivendicare i materiali ad edificio disciolto nell'età classica; lo eliminò nell'età giustinianea. Nell'età classica si ammise che il proprietario dei materiali, che li incorporò nel suolo altrui credendolo proprio, potesse, se il *dominus soli* rivendicava da lui l'edificio, farsi risarcire. A quanto pare Giustiniano concesse allo stesso proprietario, se sapeva che il suolo era altrui, il diritto di toglierli, purchè non li avesse incorporati coll'animo di donare. Forse egli ammise pure il ritorno a suo favore nella stessa ipotesi della proprietà dei materiali, quando fossero separati. Di questo beneficio godeva certamente il proprietario che avesse incorporati materiali propri nel suolo altrui credendolo proprio.[2]

In tutti i casi di unione inseparabile il congiungitore in buona fede che possieda l'intero ha contro il proprietario della cosa principale che agisca coll'azione di rivendicazione un diritto di ritenzione per farsi indennizzare.[3] Se l'autore della riunione sia il proprietario della cosa principale, il proprietario dell'accessoria, oltre alle azioni ordinarie che gli possono competere per le circo-

---

che fosse deformata da ruine. — L'*actio ad exhibendum* resta però sperimentabile contro chi incorporò nel suolo materiali che sapeva altrui non perchè li separi, se possiede l'edificio, ma perchè, lo possieda o no, ne presti il valore come persona *quae dolo desiit possidere;* l. 1, § 1, D. 47, 3.

[1] La norma rifletteva anche il *tignum* congiunto alla vite.

[2] Tutta questa materia dell'*actio de tigno iuncto* e dell'*inaedificatio* in genere è irta di difficoltà esegetiche e campo a innumerevoli questioni. Rinviamo in proposito a due ottimi lavori italiani: Pampaloni, *La legge delle XII tavole de tigno iuncto;* Riccobono, *Interpretazione e critica del fr. 63, D. 24, 1, ecc.*

[3] Per la *satio*, § 32, I. 2, 1; per la *scriptura*, Gaio 2, 77; per altri casi vale l'analogia.

stanze concomitanti l'unione,[1] ha un'azione di risarcimento contro il proprietario della principale.[2]

È particolarmente regolato il caso della *pictura*. In questo, dove il proprietario della cosa principale è sempre l'autore della riunione, il proprietario della cosa accessoria, ossia della tavola, può esigere il quadro, a condizione, quando il pittore sia in buona fede, di offrire la spesa della pittura. Il che non è conforme all'idea che la proprietà della tavola segua quella del dipinto. Il proprietario della principale, ossia il pittore, può a sua volta esigere il quadro dal proprietario della tavola, se questo lo possieda, offrendo il prezzo della tavola.[3]

§ 90. — Incrementi fluviali.

Il letto di un fiume pubblico può cadere in tutto o in parte in proprietà dei proprietari rivieraschi[4] secondo i seguenti principii.

Se il fiume si ritira da una riva, ognuno dei proprietari frontisti di quella riva acquista il tratto di letto rimasto scoperto compreso fra le perpendicolari calate dai

---

[1] *Actio furti, condictio furtiva, actio ad exhibendum* e *rei vindicatio* contro colui che *dolo desiit possidere*.

[2] Per la *plantatio* l. 5, § 3, D. 6, 1, dove è interpolatizia la designazione: *in rem*. Per la *ferruminatio* l'interpolazione *ideoque.... necessaria est* in l. 23, § 5, D. 6, 1.

[3] L'azione del proprietario della tavola è detta nelle fonti Gaio, 2, 78; l. 9, § 2, D. 41, 1, *utilis actio;* era personale *in factum* del diritto classico, era *in rem* nel diritto giustinianeo. V. Mancaleoni, *Contributo alla storia e alla teoria della rei vindicatio utilis*, pag. 35 e segg. e recentemente von Mayr nella Z. S. S., 26, pagine 100 e segg.

[4] Se il fiume è privato, il suo letto è proprietà privata e quando emerge resta di colui di cui era. — Proprietari rivieraschi non poteano essere che i proprietari d'*agri arcifinii*, perchè questi soli possono avere per confine il fiume. Gli *agri limitati* non confinano mai col fiume; il loro confine è il *limes*. I fondi che si formassero in un fiume pubblico non corrente fra *agri arcifinii* cadeano in proprietà del primo occupante, a meno che non venissero a trovarsi dentro il confine di un agro limitato, nel qual caso erano acquisiti al relativo proprietario. In diritto giustinianeo tutti i fondi erano considerati *arcifinii*. — Ai laghi e agli stagni non trovano applicazione le norme esposte nel testo.

punti estremi della fronte del suo fondo sulla linea mediana del letto. La regola vale qualunque sia il modo con cui il letto rimase scoperto: sia ad es. perchè il letto si alzò sopra la corrente per lenti depositi di terra (*alluvio*), sia perchè il fiume o lentamente o subitamente si ritirò dalla riva, così che il letto rimase scoperto senza sopraelevarsi, sia perchè un blocco di terra si staccò da un altro punto delle rive e venne trasportato contro un fondo inferiore, adagiandosi sul letto e incorporandovisi [1] in modo da produrre una sopraelevazione del letto stesso (*avulsio*), sia perchè il proprietario rivierasco costruì un edificio in un tratto di letto contiguo al suo fondo, ecc.

Se rimane scoperto un tratto di letto in mezzo al fiume, ancora comunque ciò avvenga (si adattino al caso le ipotesi dianzi menzionate), l'isola così formatasi (*insula in flumine nata*) cade in proprietà di ciascuno dei proprietari frontisti delle due rive per la parte compresa tra le perpendicolari tirate dai punti estremi delle fronti di ciascun fondo sulla linea mediana del letto.[2]

---

[1] Finchè il blocco di terra non si è incorporato col letto, ma è una cosa ad esso sovrapposta, esso resta proprietà del proprietario del fondo da cui si staccò. Il suo dominio non cessa che ad incorporazione avvenuta. L'incorporazione normalmente avverrà mettendo le piante infisse nel blocco di terra e trasportate con esso radici nel letto. Ma basta qualunque altro modo di unione. Per il caso affine di *crusta lapsa* da un fondo superiore nell'inferiore si dice soltanto nelle fonti (l. 9, § 2, D. 39. 2) che resta del proprietario superiore *si non coaluerit nec unitatem cum terra mea fecerit.* Non v'ha dubbio a mio avviso che se i compilatori vollero scrivere (può infatti anche darsi che siamo innanzi a un errore di scrittura) nel § 21, I. 2, 1 la frase che vi troviamo, *videntur.... adquisitae esse:* non intesero di dir nulla di diverso da quel che dice la l. 7, § 2, D. 41, 1 colla frase *videtur.... adquisita esse.*

[2] L'isola cade quindi tutta in proprietà dei proprietari di una sola riva, se sta tutta al di qua della mediana. — Va richiamata l'attenzione sul fatto che, formatasi l'isola, per essa il fiume già unico si divide in due fiumi, finchè la corrente non torni unica a valle dell'isola. Il letto che si renda scoperto fra l'isola e i fondi che la fronteggiano sopra una riva va attribuito quindi considerandolo come letto di un fiume autonomo, i frontisti del quale sono i proprietari della fronte dell'isola su di esso e quelli della riva opposta. Così che ad es. se l'isola si amplia sopra una fronte per alluvione, il terreno alluvionale è tutto dei frontisti dell'isola su

Se il fiume abbandona tutto il suo alveo (*alveus derelictus*), questo cade in proprietà dei frontisti delle due rive secondo la stessa regola esposta trattando del caso precedente.

A questa norma costante del periodo classico Giustiniano, come sembra, recò una modificazione, ordinando che se l'alveo era prima che fosse occupato dal fiume fondo di un proprietario, questi ne acquistasse il dominio, quando divenisse derelitto, ad esclusione dei frontisti.[1]

Le norme suesposte, non in tutto pacifiche tra i giuristi classici,[2] sono empiricamente buone, ma difettose nei riguardi logici[3] e matematici.[4] Onde non manca chi pro-

---

quella fronte e non conta che esso sporga oltre l'antica mediana. I frontisti sulla riva opposta non possono reclamare la parte sporgente, vantando che se l'isola fosse nata, comprendendo anche questa parte, sarebbe stata loro. — Notiamo da ultimo che se il fiume forma un'isola, aprendosi in due rami che poi si ricongiungono, tra i quali restano compresi dei fondi, questi restano di quelli a cui appartenevano, perchè si ha bensì un'isola, ma questa non è nata nel fiume, perchè non è letto scoperto.

[1] Le frasi *stricta ratione, vix est ut id obtineat* in l. 7, § 5, D. 41, 1 sono interpolate; alterata è anche la l. 30, § 3, D. 41, 1. V. Riccobono, *Nota sulla dottrina romana dell'alveo abbandonato.*

[2] Labeone voleva che l'isola nata nel fiume pubblico fosse pubblica come tutto ciò che nasce o si edifica nel suolo pubblico (l. 65, § 4, D. 41, 1); nella compilazione il testo ha il valore di notizia storica. Altre deviazioni dai principii esposti nel testo si traggono dai gromatici.

[3] Usa spiegare da molti tutte le disposizioni sugli incrementi fluviali supponendo che il letto del fiume sia continuazione dei fondi rivieraschi e quindi proprietà privata dei frontisti delle due rive sino all'incontro dei loro fondi alla linea mediana del letto, proprietà che è quiescente, finchè sul letto scorre la corrente, e che si ridesta quando questo resta scoperto. Prove testuali della teoria non esistono. L. 30, § 1, D. 41, 1 è a mio avviso interpolata da *et ideo*. D'altro lato l. 1, § 7, D. 43, 12 afferma che l'alveo è pubblico. La teoria stessa poi non si sostiene che ammettendo che la proprietà sull'alveo subisca via via incrementi e diminuzioni ad ogni spostarsi della mediana e ad ogni divisione della corrente in più rami; sarebbe una proprietà un po' troppo mobile. Altri invoca ragioni di equità. Si vuol compensare i proprietari rivieraschi delle perdite di terreno e degli altri danni che può recar loro il fiume con la possibilità di acquistare parte del letto. Nelle fonti non v'ha traccia di ciò. Forse le nostre norme non sono che un regolamento legale di acquisti che prima si verificavano per occupazione.

[4] La linea mediana intesa come il luogo dei punti del letto,

pone d'interpretare i testi diversamente, così da giungere a migliori conclusioni.[1]

I casi d'acquisto qui contemplati non cadono sotto l'idea di accessione.[2]

§ 91. — Commistione e casi affini, comunione volontaria per commistione.

Si ha acquisto per commistione quando due masse di materia di due diversi proprietari, non per accordo tra questi, si confondono così da formare un'unica massa, senza che si verifichi specificazione e in modo che le due masse non si possano assolutamente separare.[3] In tal caso

---

che si trovano alla minima ugual distanza dalle due sponde è infatti indeterminabile matematicamente tutte le volte, ed è il caso ordinario, che le due rive non corrano parallele.

[1] V. HENRICI nei *Ihering's Jahrbücher*, XIII, pag. 57 e segg.; XV, pag. 313 e segg.

[2] Non si può parlare di accessione nel senso di congiunzione organica di due cose, perchè terreni non si congiungono tra loro e qui si acquista sempre un fondo, cioè il letto emerso. Nè le due proprietà del fondo rivierasco e del letto si confondono in una. Ciò può avvenire per volontà del proprietario rivierasco che unisce in una economia i due fondi dato che siano contigui; non avviene per necessità di cose. Del resto poi nel caso dell'isola nata non si ha neanche la contiguità dei fondi e perciò non avviene neppure la congiunzione volontaria dei dominii. Dalla mancanza di contiguità dipende che l'usufruttuario del fondo rivierasco non acquista l'usufrutto dell'isola (l'odio alle limitazioni del dominio, che invoca il FERRINI, *Pand.*, § 301 non c'entra); e se chi comperò quel fondo può pretendere l'isola nata nel tempo fra il contratto e la consegna, ciò dipende soltanto dal darsi alla vendita gli effetti che avrebbe se, in conformità alle sue origini, fosse consistita nello scambio della cosa e del prezzo. — Non si può parlare d'accessione nemmeno nel senso che ci sia qui una cosa principale che attragga l'accessoria. Manca infatti un qualsiasi punto di vista da cui il fondo rivierasco possa apparir principale rispetto al letto acquisito. E se si dicesse che l'incremento cede al letto si errerebbe, perchè l'incremento può consistere nel letto stesso che emerge immutato dall'acqua per ritiro della corrente.

[3] Se la commistione importi specificazione si applicano al caso i principii della specificazione. — Se le due masse si possono separare, ogni proprietario conserva la proprietà sulla sua massa, che

i due proprietari perdono il dominio che aveano sulle masse distinte, e acquistano invece il condominio sull'intera massa (*communio incidens*) ciascuno per una quota corrispondente al valore della massa già sua. Quindi godono l'un contro l'altro dell'*actio communi dividundo* e ciascuno della *rei vindicatio* contro chi possieda l'intero per la sua quota parte.

Se si mescoli due masse di grano di due diversi proprietari non per loro accordo, non si ha il fatto della commistione, perchè i chicchi delle due masse non si compenetrano tra loro, e quindi, secondo l'opinione prevalente, non sorge comunione a loro favore come nel caso precedente. Siccome però la separazione dei chicchi di grano dell'uno da quelli dell'altro non sarebbe cosa pratica, così la *rei vindicatio* di ciascun proprietario contro il detentore dell'intera massa non ha per oggetto i singoli chicchi, ma, come dicono le fonti, *quantum paret in illo acervo suum cuiusque esse.*[1] Il giudice stimerà *quale cuiusque frumentum fuerit.*[2]-[3]

---

per i Romani seguita a sussistere entro l'intero. Quindi ognuno può agire contro il detentore dell'intero per riavere la sua cosa con *rei vindicatio.* — Se nello stesso caso la mescolanza sia avvenuta per volontà dei due proprietari e col proposito che l'intero sia comune, questo diventa comune, perchè essi si fanno mutua tradizione di quote parti ideali delle due masse nell'intero, e le parti di ogni singolo condomino sull'una e sull'altra massa si confondono in una parte unica sull'intero. — Nell'ipotesi di commistione non entra soltanto quello di « confusione, » cioè di mistura di liquidi o di solidi per fusione. I Romani vi comprendono anche il caso che una cosa appartenga per parti reali a due fondi (com' è dell'albero o della pietra per i quali passi il confine tra i due fondi) e che poi si separi dal suolo. Colla separazione la massa di materia che costituiva una parte reale della cosa si confonde con quella che formava l'altra parte reale e si stabilisce un rapporto di comunione sulla cosa mobile intera. V. la l. 19 pr., D. 10, 3.

[1] L. 5, § 1, D. 6, 1.

[2] § 28, I. 2, 1.

[3] Se i due proprietari mescolino i grani d'accordo coll'idea che l'intero sia comune, essi si fanno mutua tradizione di quote parti ideali di proprietà sopra ciascun chicco così che i chicchi son comuni e non la massa (*singula grana.... communicata sunt,* § 28, I. 2, 1). Ma la comproprietà sui chicchi è trattata come comproprietà sulla massa.

Chi riceve monete altrui ed *inscio vel invito domino* le mescoli colle proprie ne diviene proprietario solitario, se quelle non siano discernibili nella loro identità da queste.[1]

Nel primo dei casi contemplati se la mescolanza si verifichi per accordo dei due proprietari, questi perdono ancora i loro diritti di proprietà sulle masse distinte, ed acquistano un condominio sull'intera massa; ma il condominio stesso non sorge solo in conseguenza della commistione, bensì anche per la loro volontà.[2] Perciò il caso costituisce un modo d'acquisto a sè, a cui diamo il nome di «comunione volontaria per commistione.»[3] Si distingue dalla *communio incidens* per commistione per ciò che le rispettive parti di condominio sull'intera massa in questo caso sono determinate dalla volontà delle parti e perchè il condominio, sempre secondo codeste parti, sorge anche se la mescolanza costituisca specificazione.

§ 92. — Aggiudicazione.

È un modo d'acquisto della proprietà che prende il nome da una parte comune delle azioni *communi dividundo, familiae erciscundae, finium regundorum* con cui il giudice era autorizzato ad attribuire dominio alle parti.[4] Le due prime azioni conduceano alla divisione di

---

[1] La ragione pratica del principio come il campo di sua applicazione sono discussi. In particolare è difficile trovare la ragione del diverso trattamento fatto alla mescolanza di grano e di danaro. La più probabile si è che i *nummi* si considerassero per la mescolanza *consumti* e il grano no, per l'indole economica diversa delle due cose. Una sottile conciliazione dei principii regolatori dei due casi tenta l'ASCOLI, *Contributo alla teoria della confusione e commistione.*

[2] L. 7, § 8, D. 41, 1. *Voluntas duorum dominorum miscentium materias commune totum corpus efficit.*

[3] Non ci sembra che sia costruibile come mutua tradizione di quote parti ideali delle singole masse, poichè non si voglion tradere prima della commistione e non si posson tradere all'atto di essa, cioè nel momento in cui le due masse si estinguono nell'intero. L'impossibilità di codesta costruzione è più che mai evidente nel caso di commistione-specificazione.

[4] La parte della formula in discorso era secondo Gaio, 4, 42, a parte possibili varianti di lezione (LENEL l'*Edit. I,* p. 237) *quantum adiudicari oportet iudex Titio adiudicato.*

cose comuni, l'ultima a ristabilire l'antico confine di cinque piedi (o sei, secondo la legge *Mamilia*) tra fondi rustici o a stabilirne uno nuovo della stessa ampiezza, dove quello non si potesse più determinare. Nei due primi casi l'aggiudicazione riesce modo d'acquisto del dominio in quanto il diritto di comproprietà di ogni socio sull'intera cosa si estingue per l'aggiudicazione, per essere sostituito da un diritto di proprietà sulla parte divisa assegnatagli.[1] Questo, in sostanza, era il punto di vista dei Romani. Il carattere di modo d'acquisto del dominio che ha l'aggiudicazione nei due casi si suole esprimere dicendo che essa nel diritto romano ha carattere attributivo e non dichiarativo di dominio.[2]

L'*actio finium regundorum* importava a rigore acquisto di dominio soltanto quando il giudice o l'arbitro che dovea ristabilire il confine tra fondi spostava l'antico ed attribuiva così ad un proprietario un tratto di terreno, che prima non gli apparteneva.[3]

---

[1] Acquisto si deve ammettere anche se si concepisca il diritto di comproprietà come proprietà su di una parte ideale di cosa. È questa proprietà sulla parte ideale che si estingue, per essere sostituita da una proprietà sulla parte reale. — Chi pensa che ogni socio ha un diritto di proprietà su tutta la cosa deve invece vedere nella divisione di cosa comune soltanto un modo di estinzione del dominio. V. il § 99.

[2] Carattere dichiarativo ha nelle legislazioni, che muovono dall'idea che nella comproprietà il socio abbia la proprietà di una parte reale di cosa momentaneamente indeterminata e confusa nell'intero. L'idea barocca ebbe origini fiscali.

[3] Le distinzioni originarie, scomparse nel diritto giustinianeo tra le controversie risolte con questa azione, ossia tra controversia *de fine* (confine di cinque piedi tra gli agri arcifinii o all'interno della centuria) e *de rigore* (confine di cinque piedi tra centurie) non presentano interesse dogmatico, nè un particolare interesse storico. Giova invece avvertire che in diritto giustinianeo cade nell'*actio finium regundorum* anche la controversia *de loco*, che era una controversia per i confini tra fondi, dove venisse in questione l'appartenenza di un tratto di terreno più ampio di cinque piedi, controversia che al tempo classico era decisa mediante *rei vindicatio*. Tutta questa materia dell'*actio finium regundorum* e in particolare la controversia *de loco* è del resto ancora piena d'incertezze. Ricordiamo da ultimo che la questione già accennata sull'indole privata o pubblica del *limes* e del *finis* costringe a decisioni diverse

L'aggiudicazione in ogni caso, essendo *legis actio,* non permetteva acquisto di dominio da un certo tempo o sotto condizione sospensiva, ma immediato. Questo principio rimase nel diritto giustinianeo.

Al tempo classico non attribuiva proprietà quiritaria, che se avveniva in un *iudicium legitimum;* altrimenti attribuiva proprietà pretoria. Nel diritto giustinianeo avviene sempre in un modo e procura la sola proprietà esistente in esso.

§ 93. — Acquisto per legge.

Sotto questo titolo usa raccogliere alcuni casi, in cui alcuno acquista il dominio per motivi estranei alla natura e alla funzione del dominio; così che si è costretti ad invocare come solo fondamento dell'acquisto la volontà del legislatore. Basta che ricordiamo qui i casi seguenti.

Per una legge di Valentiniano, Teodosio ed Arcadio del 389 d. C. chi invade violentemente l'immobile proprio posseduto da altri ne perde la proprietà a favore di questo.

Chi tenta di sottrarre al dazio una cosa sottopostavi, ne perde la proprietà a favore di quelli, che hanno diritto alla riscossione del dazio.

Il comproprietario che non paga entro quattro mesi le spese sostenute dal socio per la casa comune e gli interessi relativi, perde la sua quota a favore di questo.

Chi fa un secondo matrimonio, perde la proprietà dei lucri nuziali del primo in favore dei figli avuti in questo.

§ 94. — Fine del diritto di proprietà.

La proprietà di una persona si estingue coll'estinguersi la cosa che ne era l'oggetto,[1] col divenir questa

sul punto: quando ed in quanto nei casi pratici di regolamento di confine si avesse attribuzione di dominio.

[1] L'estinzione della cosa si ha quando essa si dissolve in parti; o si trasforma in una cosa che risponde a un tipo diverso di cosa,

extra commercium o col trasformarsi da cosa in soggetto di diritti.[1] Sulle *ferae bestiae* si estingue col loro ritorno allo stato di naturale libertà. Su certe cose (fondi, schiavi, cavalli *freni patientes,* muli da soma, navi d'uso guerresco) di cui si divenne proprietari togliendole al nemico si estingue col ricupero fattone dal nemico a cui furono tolte, per un *ius postliminii* applicato alle cose e che i Romani ammettevano a loro danno, come a loro vantaggio. La proprietà si estingue ancora per derelizione, per la morte del proprietario o per divenire egli incapace di dominio; infine perchè, pur sopravvivendo e restando capace, perde il dominio a favore d'altri.[2] In quest'ultima latissima categoria di casi resta compresa l'espropriazione per causa di pubblica utilità a favore dello Stato;[3] in diritto giustinianeo quei casi, che abbiamo qualificati come casi di espropriazione pretoria,[4] in cui nel diritto classico non si avea che sottrazione di possesso a favore d'altri; e la revoca *ipso iure* reale del dominio in forza di condizione risolutiva o di *dies ad quem* apposto all'atto di alienazione del dominio.[5]

---

si abbia o no quell'opera di produzione che è un elemento dell'ipotesi di specificazione, o, rimanendo la stessa cosa di prima, scompare in un'altra cosa (richiamo molti dei casi veduti di accessione). Queste possibilità si possono combinare.

[1] Si allude alla liberazione dei servi.

[2] Non sono da collocarsi qui i casi in cui i servi diventano liberi senz'atto di manomissione; perchè la perdita del dominio è mera conseguenza del conferimento della libertà; e neppure le coazioni ad alienare.

[3] L'espropriazione per causa di pubblica utilità come istituto regolato dalla legge non compare che nell'età post-classica.

[4] V. il § 81.

[5] In molti casi in cui il dominio si estingue nell'uno per sorgere sulla stessa cosa nel capo d'altri, i Bizantini parlano di una « successione » nel dominio, dando a divedere che per essi il dominio rimaneva il medesimo e solo mutava la persona del titolare. I classici si giovavano del termine e del concetto di successione in codesti casi, oltre ad altri che qui non si considerano, solo dove il passaggio del dominio si verificava in base ad una *adquisitio per universitatem* (specialmente eredità), non dove si avea una mera successione, come usa dire « singolare. » La rappresentazione però della permanenza e dell'identità del diritto nella mutazione delle persone era classica così in quel caso che in questo, come risulta non fosse

La proprietà non cessa mai per prescrizione estintiva. Agli effetti della teoria qui esposta il condominio va assimilato al dominio.

§ 95. — Tutela del dominio. — Rivendicazione.

Il dominio può essere leso o perchè altri, possedendo la cosa, priva interamente in via di fatto il proprietario della libertà d'azione che gli spetta circa ad essa, o perchè altri gliela diminuisce colla sua condotta rispetto alla cosa. Contro la prima lesione il proprietario gode della rivendicazione; contro la seconda dell'azione negatoria.[1]

Le due azioni si riferiscono al dominio civile come quello che è la sola vera proprietà ammessa dal diritto dello Stato. La tutela della proprietà pretoria si esplica mediante due azioni correlative ma distinte. Circa alla tutela della proprietà provinciale sappiamo soltanto che nell'editto provinciale v'avea una formula analoga all'azione di rivendicazione. Nessuna informazione ci è pervenuta circa la tutela della proprietà peregrina.

A favore del dominio non esiste soltanto una tutela contro le lesioni attuali di esso; esistono anche delle cautele giuridiche le quali però servono alla custodia anche di altri diritti o interessi. Sono l'*operis novi nunciatio*, l'*interdictum quod vi aut clam* e la *cautio damni infecti*. Noi ora considereremo sia le azioni a tutela del

---

altro dalla frase: *dominium transferre* usata per la successione singolare. Di codesta rappresentazione si può dire che non merita nè il plauso, nè il biasimo che trova presso gli interpreti, purchè le si dia significato riassuntivo di precetti e non se ne faccia una fonte.

[1] L'esistenza stessa e il godimento del dominio sono tutelati dal diritto in molti modi diretti e indiretti. Ma veramente non si può parlare di una tutela accordata al diritto di proprietà che dove il presupposto dell'azione consiste soltanto nell'esistenza della proprietà e dove l'azione si dirige contro uno stato od un atto solo se ed in quanto essi siano contrari alla libertà giuridica d'azione che forma l'essenza del dominio. È da questo punto di vista che le azioni a tutela del dominio sono quelle sole di cui si parla nel testo.

dominio civile e della proprietà pretoria, e sia le cautele accennate. Qui cominciamo dal trattare della rivendicazione.

Questa prende il nome dalla *vindicatio*, che avea luogo nel più antico modo di agire in giudizio per ricuperare la cosa nostra, che è la *legis actio sacramento in rem*. Uno fra i caratteri salienti di questa più antica procedura di rivendicazione si era che le due parti contendenti aveano in giudizio una posizione uguale. Ognuna asseriva che la cosa era sua; ognuna era tenuta a dar la prova del suo dominio. Finchè pendeva la lite, il magistrato attribuiva intanto il possesso della cosa ad una di esse a suo arbitrio. Se nè l'una parte nè l'altra dava la prova richiesta, o se vinceva la parte in possesso, la cosa rimaneva a questa; se vinceva l'altra parte, dovea esserle resa.

Nella *in rem actio per sponsionem* e poi agendo *in rem* mediante *formula petitoria*, questa condizione di cose cessò. Allora colui contro il quale si agiva e che era nel possesso della cosa, lo conservava sempre, purchè desse nella prima delle anzidette procedure *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* e nella seconda *satisdatio iudicatum solvi*,[1] nè avea più da provare la sua proprietà, ma soltanto da negare che fosse proprietario l'attore; toccava a questo dare la prova del proprio dominio; se la prova non gli riusciva, la cosa rimaneva presso l'attuale possessore. Nel diritto giustinianeo, l'azione di rivendicazione ha luogo in un solo modo secondo, in generale, le regole proprie al procedimento *per formulam petitoriam* divenuto già al tempo classico il più comune, così che la teoria che esporremo della rivendicazione giustinianea riesce anche nella massima parte teoria dell'azione petitoria classica. Indicheremo via via le deviazioni da questa.

---

[1] Conteneva tre clausole: *de re iudicata* (con cui il convenuto s'impegnava a eseguire il giudicato), *de re defendenda* (con cui s'impegnava a stare in giudizio e difendere la cosa) e *de dolo malo* (con cui s'impegnava a non condursi con dolo).

L'azione compete al proprietario che non possieda la cosa.[1] Può anche agire per lui la persona a cui abbia ceduto la sua azione.

Convenuto è chiunque abbia come possessore o detentore la disposizione di fatto della cosa e possa perciò restituirla. Costantino però stabilì che chi possieda un immobile a nome altrui e sia convenuto nel nostro giudizio possa e deva, prima di discutere la causa, nominare colui, in cui nome possiede la cosa (*auctoris laudatio* o *nominatio*), comunicare a questo la nomina fattane e invitarlo a dichiarare se assume o no la lite. Se la assume, la lite si svolge allora soltanto contro di lui; se non la assume, dopo tre inutili citazioni, il possesso della cosa è trasferito all'attore.

Se il convenuto nega di possedere e l'attore prova che possiede, gli è tolto il possesso della cosa e dato all'attore.[2] Lo stesso avviene, se ricusi di prestare la *satisdatio iudicatum solvi,* purchè la presti l'attore.

Eccezionalmente può essere convenuto anche chi non possiede. Precisamente si può convenire chi prima della *litis contestatio dolo desiit possidere,* cioè si privò del possesso della cosa, sapendo di non esserne proprietario, o col cederlo ad altri, o col distruggere la cosa, e chi *liti se optulit,* ossia chi non possedendo, mentre l'attore crede che possieda la cosa, accetta di restare in giudizio dopo la *litis contestatio,* distraendo così l'attore dal perseguire il vero possessore. Nei due casi il convenuto è condannato nel valore della cosa fissato ad arbitrio dall'attore con giuramento, se non gli riesca di procurarsela e di renderla, e quando abbia pur pagato il valore, l'attore

[1] Nel § 2, I. 4, 6 si assevera che v'ha *unus casus* in cui *qui possidet nihilo minus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris apparebit;* ma per quanto si sia cercato in questi libri, non si è con certezza riusciti a trovarlo. Della lunga ricerca e delle relative discussioni si può dire che il gioco non vale la candela. La l. 12, § 1, D. 41, 2, contempla il caso di una rivendicazione intentata per errore.

[2] In diritto classico giovava a ciò l'*interdictum quem fundum* se era in questione un immobile; altrimenti il pretore autorizzava l'attore a condurre o portar seco la cosa.

conserva la proprietà della cosa, se questa esista, e può agire contro chi la possieda. Egli può agire anche con *actio in factum* contro gli eredi del convenuto nei limiti del loro arricchimento. Onde appare che la rivendicazione qui non è tale che nella forma; nella sostanza è un'azione da delitto e obbedisce ai principii propri di simili azioni.[1]-[2]

Può essere oggetto di rivendicazione così l'intera cosa (da parte del proprietario solitario) come una quota parte ideale di essa (da parte del condomino). Troviamo ammessa anche una rivendicazione di un'*universitas rerum distantium*, ossia del gregge, le regole della quale sono controverse nella scienza per difetto di fonti decisive.

Scopo precipuo della *rei vindicatio* è il riconoscimento del diritto di proprietà contro chi lo contesta col ritenersi la cosa. Scopo secondario, l'ottenere la condanna alla restituzione della cosa e della *causa rei*, la quale comprende tutto ciò che l'attore avrebbe avuto se la cosa gli fosse stata restituita al momento della *litiscontestatio*. A questo momento si avea anche riguardo circa al dovere di restituzione del *corpus ipsum* della cosa.

Quindi in diritto classico della distruzione parziale o totale della cosa avvenuta anteriormente alla *litiscontestatio* il possessore di b. f. non rispondeva, colla nostra azione, mai; il possessore di m. f. soltanto se si fosse verificata per suo dolo e allora come persona *quae dolo desiit possidere*. Se invece la distruzione parziale o totale in discorso fosse avvenuta dopo la *l. c.*, il possessore di b. f. ne rispondeva, se si fosse verificata per suo dolo o negligenza; il possessore di m. f. anche se si fosse verificata per caso, perchè colla *l. c.* cadeva in mora. Soltanto il ladro, come quegli che *semper moram facere videtur*,

---

[1] V. in particolare l. 52, D. 6, 1.

[2] Se il possessore perdette senza dolo il possesso della cosa prima della *litis contestatio*, alienandola a titolo oneroso ad altri e la cosa andò poi distrutta o fu usucapita, il proprietario gode di un'azione personale contro di lui sino ai limiti del suo arricchimento per l'alienazione, certamente, se possedea la cosa senza titolo, forse anche se la possedea con titolo.

rispondeva della perdita avvenuta per caso anche prima della *l. c.* In diritto giustinianeo troviamo invece estesa la responsabilità del possessore di m. f. alla perdita e ai deterioramenti della cosa avvenuti per sua negligenza anche prima della *l. c.*

Nella *causa rei* entrano ad es. il terreno alluvionale, di cui si ingrandì il fondo, e i parti dell'ancella, la metà del tesoro spettante al proprietario del fondo e i frutti. La restituzione dei frutti è regolata in diritto giustinianeo secondo i seguenti principii: il possessore di b. f. deve rendere i frutti percepiti prima della *l. c.* in quanto siano ancora *extantes;* inoltre deve i frutti percetti o che avrebbe potuto percepire dopo la *l. c.* Il possessore di m. f. deve i frutti percetti sia prima che dopo la *l. c.;* deve inoltre i percipiendi, con questa avvertenza che valgono per frutti percipiendi prima della *l. c.* quelli che egli avrebbe potuto percepire; valgono per frutti percipiendi dopo la *l. c.,* sempre perchè da questo momento è in mora, quelli che avrebbe potuto percepire il proprietario.[1]

[1] Come fosse regolata la restituzione dei frutti nel diritto anteriore non è in tutto pacifico. Opiniamo quanto segue. Finchè si agì per la rivendicazione della cosa con *l. a. sacramento,* non si distingueva fra possessore di b. e di m. fede. La procedura era inoltre mera rivendicazione della cosa. Quindi i frutti percetti anteriormente alla *l. c.* non si poteano domandare che con una rivendicazione a sè, se erano esistenti; per i consumati conveniva presentare una azione personale. Circa ai frutti posteriori chi avea ottenuto il possesso interinale della cosa (*vindiciae,* v. l'esposizione della procedura per i particolari) dovea renderli o altrimenti pagarne il doppio valore. Lo stesso avveniva a carico del convenuto possessore nella *in rem actio per sponsionem.* Durante il processo formulare sorge la distinzione fra possessore di b. e di m. fede. Allora certamente il primo non dovea rendere i frutti percepiti prima della *l. c.,* dei quali diveniva proprietario; ma soltanto quelli percepiti e che avrebbe egli stesso potuto percepire dopo, e ciò in forza dell'*officium iudicis* nella rivendicazione della cosa. Il secondo dovea per lo stesso *officium* rendere i frutti percepiti e che il proprietario avrebbe potuto percepire dopo la *l. c.,* in quanto si considera in mora. I frutti percepiti da lui anteriormente erano ripetibili solo con *rei vindicatio* autonoma se esistenti o consumati per dolo: con una azione personale in caso diverso; per i frutti percipiendi sempre anteriormente alla *l. c.* non v'ha azione. Una costituzione di Valentiniano e Valente (l. 1, C. Th. 4, 18, a. 369), caduta la procedura formulare, dispose che

Se il convenuto restituiva la cosa con la sua *causa* era liberato dalla condanna in forza della arbitrarietà della formula di rivendicazione.[1] Se non la restituiva, era condannato in tutto il valore di essa secondo la stima giurata fatta dall'attore; pagato codesto valore, la cosa diveniva sua. In diritto giustinianeo è ammesso che il proprietario vincitore possa togliere la cosa al convenuto *manu militari*.

Il convenuto poteva difendersi, o negando la proprietà dell'attore, o ammettendola, ma accampando allora insieme un diritto a non restituire la cosa derivante ad es. da pegno, usufrutto, locazione o dal fatto che il rivendicante gli aveva alienata la cosa, benchè non usando le forme necessarie a trasférirne la proprietà quiritaria, oppure mentre non ne era ancora proprietario;[2] il diritto in discorso potea anche derivare in genere dal carattere doloso della pretesa avversaria.[3]

Va distinta da questa facoltà, che è difesa contro l'azione, l'altra che è mera difesa contro l'esecuzione della condanna e consiste nel potere il convenuto ritenere la cosa sino a che l'attore non lo abbia risarcito di certe spese fatte intorno ad essa.

Le spese necessarie, ossia che servono alla conservazione della cosa, andavano in diritto classico risarcite al possessore di b. f. per l'intero. Le spese utili, ossia che

---

il possessore di b. f. dovesse rendere il doppio dei frutti dal momento della *l. c.;* il possessore di m. f. *a die invasi loci usque ad exitum litis;* per l'uno e per l'altro si dovea tener conto anche dei frutti *quos percipi oportuisset,* cioè, spiega l'*Interpretatio, quales per diligentem culturam consequi proprii domini utilitas potuisset.* Giustiniano ritornò quanto ai frutti al *simplum* e riprodusse la costituzione citata nella l. 2, C. 7, 51 modificandola secondo i principii esposti nel testo. (V. anche la nota 1 a pag. 441.)

[1] Per l'intelligenza di quanto diciamo rinviamo all'esposizione, che faremo, della procedura.

[2] Serviva nei due casi nel diritto classico l'*exceptio rei venditae et traditae,* introdotta originariamente solo per il primo, mentre nell'altro usava una *exceptio doli* o *in factum.*

[3] Così il convenuto godeva di una *exceptio doli,* se l'attore avea tradita la cosa al convenuto sotto condizione sospensiva, e la reclamava pendendo la condizione.

accrescono l'utilità della cosa, gli doveano essere risarcite in proporzione dell'aumento di valore che avea per esse la cosa al momento della restituzione, ma non mai oltre la misura dello speso; per le spese voluttuarie, ossia che servono soltanto ad abbellire la cosa, non gli competeva alcun diritto.

Nessun diritto per nessuna categoria di spese competeva al possessore di m. f. come quegli che avea scientemente speso nella cosa altrui.

Giustiniano, movendo dal criterio che l'attore non deve fare un lucro a danno del convenuto, dispose invece che anche al possessore di m. f. competesse il risarcimento per le spese necessarie; che per le spese utili il possessore di m. f. avesse il diritto di togliere le accessioni (*ius tollendi*) e il possessore di b. f. conservasse bensì l'antico diritto al risarcimento nella misura veduta, ma solo quando al proprietario non riuscisse troppo gravoso il risarcirlo così; nel qual ultimo caso anche il possessore di b. f. non ha che l'*ius tollendi*. Questo stesso diritto Giustiniano attribuì al possessore sia di b. che di m. f. per le spese voluttuarie. L'*ius tollendi* compete inoltre solo nell'ipotesi che sia possibile esercitarlo, senza mettere la cosa in condizioni peggiori di quelle in cui era prima che si spendesse in essa; che l'esercitarlo presenti un reale vantaggio per il convenuto e che il rivendicante non offra di pagare quanto lucrerebbe il convenuto esercitandolo.[1]

Sia nel diritto antico che nel nuovo nessun risarcimento compete al ladro. I frutti lucrati dal possessore vanno a diminuzione del risarcimento che gli competa per le spese.

Le *rei vindicationes utiles* accordate da Giustiniano in certi casi,[2] ed ignote al diritto classico, non sono azioni

[1] Il diritto di ritenzione per le spese era fatto valere senza bisogno di opporre un'eccezione di dolo. Dato che si opponesse, l'attore, che si rifiutava a risarcire le spese, vedea respinta la sua domanda. In diritto giustinianeo il giudice può in base all'eccezione condannare il convenuto al residuo valore, detratte le spese.

[2] Si vide quello del proprietario della tavola nel caso di pittura; altri casi v. in Dernburg, *Pand.*, I, § 225.

a tutela del dominio, ma competono invece a chi non è domino e quindi non hanno alcun rapporto colla *rei vindicatio* qui considerata.

§ 96. — Azione negatoria.

Il proprietario leso nel suo diritto per ciò che altri gli diminuisce con la propria condotta circa la cosa la libertà d'azione che gli spetta su di essa, si difende con l'*actio negatoria*, con la quale nega che il convenuto abbia la facoltà di condursi così.

La condotta si presenterà normalmente come esercizio di uno dei diritti sulla cosa altrui ammessi dal diritto; ma può consistere anche nell'esercizio di facoltà diverse. È indifferente che sia tenuta coll'idea di esercitare un diritto che ci spetta, o no. Occorre però che ne risulti il proposito di contrastare la libertà d'azione del proprietario circa la sua cosa. Dove la condotta non abbia questo significato, come avviene ad es. se un viandante, per abbreviare il cammino, passa arbitrariamente per il mio fondo, l'azione cessa.[1] Le mere manifestazioni verbali della volontà di tenere la condotta in discorso non bastano a fondare l'azione; basta invece anche un principio di attuazione della volontà stessa.[2]

L'attore in questo giudizio deve provare soltanto di essere proprietario della cosa e che egli si trova limitato nell'esercizio del suo diritto dalla condotta del convenuto. Tocca a questo dimostrare che ha diritto a tenerla e ciò anche se essa rivesta già il carattere di un esercizio compiuto (quasi possesso) di una facoltà limitatrice del dominio[3] (controverso). Ove la condotta consistesse

---

[1] Non è decisiva per escludere la negatoria l'unicità dell'azione. Chi derivi anche una sola volta acqua a traverso il mio fondo o venga ad attingere una sola volta acqua dal mio pozzo arbitrariamente, può essere convenuto colla nostra azione. È il genere e le circostanze dell'atto che decidono.

[2] A questo mi sembra alludere la l. 14 pr., D. 8, 5 colle parole: *si nova velis immittere*.

[3] Ad es. anche se sia già più volte passato; o se il suo edificio sporga sullo spazio d'aria del mio fondo.

nel mantenere una cosa in uno stato lesivo del dominio altrui (pongasi che alcuno tenga immesse delle travi nel muro del vicino), allora agendo contro chi creò, oltre che mantenere, lo stato stesso, tocca a questo eliminarlo a sue spese; che se l'azione è diretta contro il terzo possessore, questi non ha se non a tollerare che il proprietario lo elimini lui a proprie spese. Il proprietario può anche farsi risarcire dal convenuto il danno subìto; e sta nell'officio del giudice di imporre, occorrendo, al convenuto cauzione che non turberà più oltre l'attore.

Allo stesso scopo dell'azione negatoria serviva un'azione più antica detta *prohibitoria*. La differenza formale tra le due azioni in diritto classico è nota;[1] ignota rimane la sostanziale. In diritto giustinianeo è scomparsa l'una differenza e l'altra.

§ 97. — Azione publiciana.

Un pretore Publicio emanò in età incerta, anteriormente al giurista Sabino, un celebre editto, la cui formulazione è discussa, ma che dobbiamo ritenere concepito, salvo qualche leggiera variante, nei termini seguenti: *si quis id quod bona fide emit nondum usucaptum petet iudicium dabo*. In forza di questo editto sia chi avea comprato e ricevuto soltanto in tradizione dal vero proprietario una *res mancipi*, sia chi, in buona fede, avea comperato e ricevuto in tradizione da chi non era proprietario una cosa qualsiasi, quantunque non fossero divenuti proprietari della cosa in seguito alla tradizione avvenuta e non avessero potuto ancora divenirlo per usucapione, godevano tuttavia di un'azione, detta publiciana, contro i terzi che possedessero la cosa per ricuperarne il possesso.

L'azione era un'azione fittizia di cui ci è tramandata la formula (Gaio, 4, 36), nella quale precisamente si fingeva

[1] Dipendeva dalle diverse *intentiones* che erano nell'una: *si paret N.° N.° ius non esse eundi per fundum Cornelianum invito A.° A.°*; nell'altra: *si paret A.° A.° ius esse prohibendi N.um N.um per fundum Cornelianum ire.*

che l'acquirente avesse posseduto per il tempo necessario ad usucapire e competeva quindi a tutti, ma anche solo a quelli il possesso dei quali, a tradizione compiuta, avea tutti i requisiti necessari per far loro usucapire la cosa, se avesse durato per tutto il tempo necessario alla usucapione. Il campo d'applicazione dell'editto fu o subito o in breve spazio di tempo esteso oltre il caso contemplato in esso di tradizione conseguente a vendita fino ad abbracciare ogni e qualsiasi ipotesi di *iusta causa usucapionis* e non è a meravigliare se l'applicazione della publiciana risente perciò delle incertezze che dominarono nella giurisprudenza romana circa il giovare o meno all'usucapione il titolo putativo; ma non si andò affatto, come taluno sostenne, sino ad ammettere la publiciana anche dove non si fosse dall'attore acquistato il possesso. La nostra azione sostituì una finzione ad una realtà solo circa il decorso del tempo, ma non più.

Chi avea posseduto la cosa *mancipi* nella prima ipotesi fatta potea ricuperarla colla publiciana anche dalle mani del vero proprietario che gliela avea alienata, perchè se questi gli opponeva l'*exceptio iusti dominii,* l'attore gli rispondeva con una *replicatio rei venditae et traditae.* Che se il vero proprietario ne trasmetteva la proprietà ad altri e questi si trovava in possesso della cosa, l'attore sperimentando la publiciana contro l'acquirente non vinceva, perchè all'*exceptio iusti dominii* del convenuto non avea nulla da opporre.

Nella seconda ipotesi, se il non proprietario che avea alienato e consegnato la cosa ne diveniva poi proprietario e ne otteneva il possesso, l'attore colla publiciana vinceva contro di lui, perchè alla sua *exceptio iusti dominii* opponeva la *replicatio rei venditae et traditae.* Ma se la cosa cadeva in possesso di un proprietario, che non fosse l'alienante e che non la avesse acquistata da questo, ancora l'attore pel motivo veduto contro codesto proprietario non vinceva.

Dato il caso che lo stesso non proprietario avesse alienato la cosa a più, chi primo ne ebbe tradizione vince contro chi entrò in possesso della cosa in seguito. Ma se

diversi non proprietari avessero alienata la cosa a due persone, chi primo la ebbe non vince contro chi entrò in possesso in seguito. Così almeno si deve dire per diritto giustinianeo.[1]

Onde appare che la difesa della publiciana è molto relativa; non solo non si vince con essa di regola contro il vero proprietario, ma neppure contro chi ha una causa di possedere pari o superiore.

La publiciana segue in tutto il resto le regole della *rei vindicatio.*

Nel diritto giustinianeo, abolita la distinzione fra *res mancipi* e *nec mancipi,* unico caso di applicazione della publiciana resta quello di acquisto *a non domino;* e siccome, estesa la publiciana a moltissimi altri casi oltre quello di vendita, giovava sostituire nell'editto all'ipotesi di vendita l'ipotesi più generale di tradizione *ex iusta causa,* così e per quel primo e per questo secondo motivo i compilatori alterarono l'editto publiciano al modo seguente: *si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo.*[2]

Probabilmente v'avea anche una publiciana negatoria.

§ 98. — *Operis novi nunciatio.* — *Interdictum quod vi aut clam.* — *Cautio damni infecti.*

Operis novi nunciatio. Se alcuno iniziava una costruzione in un fondo, che ne alterasse la forma (così ad es. se innalzava o ampliava un edificio esistente o ne fabbricava un nuovo), chi si trovasse leso nel suo diritto da codesta opera (ad es. il proprietario del fondo e le persone aventi certe servitù su di esso[3] o chi potesse chiedere la *cautio damni infecti* e, se si trattava

---

[1] Esiste una grave antinomia fra l. 9, § 4, D. 6, 2 che sanziona il principio esposto nel testo e l. 31, § 2, D. 19, 1 che darebbe la preferenza sempre a chi prima entrò in possesso della cosa.

[2] L. 1, pr. D. 6, 2.

[3] Era ammessa l'*o. n. n.* a favore di chi avea una servitù *ne luminibus officiatur* o *oneris ferendi* non a favore di chi avea una servitù di via. Il perchè di questo diniego è oscuro.

di opere contrarie ai regolamenti pubblici o dannose al godimento delle vie pubbliche, ogni cittadino[1]) potea, prima che l'opera fosse compiuta, recarsi in prossimità alla costruzione ed ivi (*in re praesenti*) intimare al costruttore o ai suoi famigliari o agli operai addetti alla costruzione d'interrompere il lavoro.[2]

L'effetto dell'intimazione era che il lavoro dovea in ogni caso essere sospeso.[3] Se il denunziato procedea infatti in esso, incorreva in un interdetto di carattere penale, detto *demolitorium*, con cui gli si imponeva di rimettere le cose in pristino. L'erede e il successore singolare del denunziato, se questi avea proseguito il lavoro, erano tenuti solo a tollerare che il denunziante rimettesse le cose in pristino.[4] Il denunziato potea però ricorrere al pretore, sostenendo che la denunzia era illegittima. Il pretore imponeva allora al denunziante di prestare *iuramentum calumniae*. Se non lo prestava, il pretore *operis novi nunciationem denegabat*. Lo stesso avveniva, se altrimenti l'*o. n. n.* risultava cavillosa. Dato che l'*o. n. n.* non fosse denegata per questi motivi, il pretore invitava il denunziato a promettere mediante stipulazione e con garanti al denunziante o di rimettere le cose in pristino o di risarcire il danno, a scelta del denunziante stesso, se fosse stato giudicato che il denunziante avea il diritto di proibire l'opera. Prestata la

---

[1] I Romani distinguono perciò l'*o. n. n.* secondo che è fatta: *iuris nostri conservandi causa; damni depellendi causa; iuris publici tuendi gratia.*

[2] Si dice perciò che l'*o. n. n.* è fatta *in rem:* contro l'opera, anzi che contro la persona dell'autore.

[3] Era esclusa l'*o. n. n.* di fronte a certe opere, il ritardo nell'esecuzione delle quali potea riuscire troppo dannoso, e precisamente alle opere consistenti in *rivos vel cloacas reficere vel purgare.*

[4] L'interdetto ottenuto dal denunziante dava luogo alla procedura interdittale con sponsione. È a questa *sponsio* che si riferiscono le frasi: *in solidum obligabitur qui contra edictum praetoris fecerit* in l. 18 pr., D. 39, 1; *is demum obligatus est, qui eum locum possidet, in quem opus novum nuntiatum est* in l. 23, D. 39, 1 che io erroneamente nelle mie *Obbligazioni romane,* pag. 89, riferivo alla denunzia in sè. V. Lenel, *Edictum,* pag. 389.

cauzione, la *nuntiatio* si diceva *remissa*,[1] il denunziato cioè potea proseguire l'opera senza incorrere nell'*interdictum demolitorium;* era anzi protetto con un altro interdetto nella prosecuzione del lavoro. Ma se il denunziante iniziava una procedura contro di lui e in questa era giudicato che avea il diritto di proibire l'opera, il denunziato incorreva nella stipulazione fatta. Il giudizio dovea essere provocato e deciso entro un certo termine stabilito nella stipulazione; la forma del giudizio è controversa.

La denunzia cadeva anche colla morte del denunziante e coll'alienazione da parte sua del fondo a favore del quale era avvenuta la denunzia. Invece il successore del denunziato nel possesso del fondo, contro il quale la denunzia era avvenuta, era tenuto dalla denunzia fatta al suo autore.[2]

Interdictum quod vi aut clam. Se alcuno è interessato a qualunque titolo (proprietà, servitù, diritti personali sulla cosa altrui, diritti di credito) a che non sia fatto un lavoro in un fondo, e il lavoro è tuttavia eseguito o clandestinamente (*clam*) perchè l'autore del lavoro temeva che l'interessato gli avrebbe impedito di farlo, o contro l'esplicita proibizione a parole o a fatti[3] dell'interessato stesso (*vi*), questi può sperimentare entro l'anno utile dal compimento o dalla sospensione del lavoro un interdetto, esistente già al tempo di Q. M. Scevola, e pur esso di carattere penale, detto *quod vi aut clam*, mediante il quale, provato il suo interesse, ottiene che l'autore del lavoro rimetta a sue spese le cose in pristino e risarcisca

---

[1] Avea lo stesso effetto anche la cauzione prestata stragiudizialmente.

[2] Si discute se l'*o. n. n.* è di origine civile o pretoria. Certamente si connette ad antichissime consuetudini; e in questo rispetto è un istituto civile; ma il regolamento descritto di esso è tutto di origine pretoria.

[3] Valea come proibizione col fatto così *manum opponere* che l'*iactus vel minimi lapilli*, una cerimonia quest'ultima affine al *surculum defringere* con cui si compiva l'*usurpatio* (pag. 409). La proibizione potea esser fatta anche dagli schiavi, procuratori, operai dell'interessato e in qualunque luogo, perchè era fatta alla persona e non come nel caso d'*operis novi nunciatio* alla cosa.

il danno e, se il fondo è passato in altre mani, che l'attuale possessore tolleri che siano rimesse in pristino a spese dell'attore. All'interdetto non si fa luogo se si fa l'opera in caso di necessità e se l'opera fatta clandestinamente o con violenza consisteva nell'eliminare un'opera fatta allo stesso modo:[1] è controverso invece se avea luogo l'interdetto quando l'opera era fatta in un fondo posseduto dall'autore di essa.

L'effetto della proibizione avvenuta durava sino a quando chi volea eseguire o proseguire il lavoro provasse nei modi ordinari che avea diritto di eseguire l'opera.

Cautio damni infecti. Se lo stato in cui è tenuto o si pone un fondo (pongasi ad es. che si tenga un edificio in pessime condizioni di solidità o che si faccia uno scavo in un terreno) minacci di recare un danno (perciò si parla di *damnum infectum,* cioè non ancora avvenuto) ad altri, questi, se non abbia mezzo, avvenendo il danno, di esserne risarcito,[2] può agire contro il proprietario o possessore di buona fede del fondo,[3] che colla sua inoperosità o attività crea il pericolo, per ottenere, dietro prestazione dell'*iuramentum calumniae,* che gli dia cauzione di tenerlo indenne del danno che si verificasse dentro un

---

[1] In diritto giustinianeo occorre inoltre che ciò si faccia *ex magna et necessaria causa: alioquin haec omnia officio iudicis celebrari oportet* (l. 7, § 3, D. 43, 24).

[2] Sono legittimati ad agire per ottenere la cauzione il proprietario del fondo minacciato dal danno, l'enfiteuta, il superficiario, il creditore pignoratizio, l'usufruttuario; inoltre gli inquilini e gli abitanti del fondo per riguardo alle cose che vi abbiano introdotte. — La *cautio damni infecti* ha, come avvertiamo nel testo, carattere sussidiario; ad es. l'inquilino non può agire contro il proprietario della casa; perchè se questa è minacciosa può agire *ex conducto.* Per questo motivo la cauzione in esame era sempre esclusa nel caso di pericolo prodotto da colpa del titolare del fondo; in tal caso infatti per l'eventuale danneggiamento si potea sperimentare l'*actio legis Aquiliae,* dato naturalmente che si verificassero gli altri requisiti che vedremo dell'azione.

[3] L'azione compete anche contro il superficiario, l'enfiteuta, il creditore pignoratizio, l'usufruttuario; questi prestano la cauzione per il proprietario o possessore di b. f. e quindi devono dar garanti laddove il proprietario e il possessore di b. f. non hanno che a promettere.

periodo di tempo da determinarsi dal magistrato, o, se il convenuto rifiuta di far ciò, di essere immesso dal pretore nel possesso della cosa minacciosa. L'immesso ne ottenea la detenzione e la custodia ed avea la facoltà di procedere alle opere necessarie ad evitare il danno. Se il convenuto persisteva a non prestar la cauzione e rifiutava di pagare le spese delle riparazioni eseguite, a codesta prima immissione (*missio ex primo decreto*) ne seguiva per parte del pretore una seconda (*missio ex secundo decreto*) in seguito alla quale l'attore otteneva il possesso *ad usucapionem* del fondo minaccioso.[1]-[2]

§ 99. — Condominio.

La proprietà è mezzo ad un fine economico, cioè il godimento pieno ed esclusivo per parte di una persona di tutto il valore d'uso e di cambio di una cosa. La legge non può attribuire quindi ad uno la proprietà che dove vuole che costui goda a codesto modo di una cosa.

Quando perciò essa si proponga invece di far sì che non una sola persona, ma più persone godano del valore d'uso e di cambio di una stessa cosa, ciascuna per una data parte, è evidente ch'essa non può attribuire a ciascuna di esse la proprietà, ma un potere diverso e tale precisamente per cui tutte le persone non chiamate a godere della cosa ne siano escluse, e di quelle chiamate a goderne ognuna ne goda per tutta e sola la quota stabilita. Ordinare un potere che abbia questa efficacia, è un grave problema legislativo. Lo si risolva però in un

---

[1] Questo provvedimento circa il *damnum infectum* fu preceduto nella storia da un *lege agere damni infecti;* ma lo scopo di questa *legis actio* è ignoto. È probabile che si domandasse subito immissione nel possesso del fondo minaccioso per conservarlo, sinchè non si fosse risarciti delle spese fatte in esso per allontanare il pericolo.

[2] La *cautio d. i.* dovea essere prestata anche da chi in forza di un suo diritto potea agire nel fondo altrui (pongasi il caso del titolare di una servitù d'acquedotto che vuol riparare il canale), se dalla sua opera futura potea venir danno al fondo. Ma allora la sanzione della mancata prestazione della *cautio* consisteva soltanto nel non poter eseguir l'opera.

modo o nell'altro sempre in ragione dell'efficacia stessa così diversa da quella del dominio, che deve avere il potere accordato dalla legge, questo non sarà mai il dominio, ma una figura a sè di diritto a cui si conviene il nome di « condominio. »

I Romani credettero di risolvere il problema legislativo in discorso operando col concetto di proprietà. Essi dissero che ognuno dei chiamati a partecipare al godimento della cosa è *dominus* di tutta la cosa. Siccome però voleano anche che ciascuno non godesse della cosa che per una parte, dissero insieme che la proprietà della cosa gli compete per una parte *pro indiviso* o ideale. Con quest'affermazione distruggevano, a nostro avviso, la precedente. Perchè la proprietà dell'intero per una parte si riduce nel loro concetto ad una proprietà solitaria sopra una cosa, che ha esistenza solo nel pensiero, e che non è altro, come già si avvertì, che la rappresentazione di una cosa identica in tutto all'intero, ma ridotta di grandezza alla proporzione indicata dalla quota.[1]

Questa concezione del rapporto di condominio che è contradditoria nelle due affermazioni di cui consta, contiene delle logiche assurdità anche a non considerare che ognuna delle due affermazioni in sè.[2] I Romani sono giu-

---

[1] I Romani chiamano la quota per la solita confusione terminologica che fanno tra la cosa e il dominio su di essa ora *pars rei*, ora *pars dominii*. Ai partecipanti danno il nome di *socii;* per antitesi chiamano il proprietario solitario *solus dominus*. L'intera cosa in condominio è detta *res communis;* per antitesi quella in proprietà solitaria *res propria*.

[2] Vedemmo infatti (§ 75) che la proprietà è per concetto solitaria; l'idea quindi che più siano proprietari della stessa cosa è un inconcepibile. Ma è anche un inconcepibile una proprietà solitaria sulla quota intesa come una cosa che ha esistenza solo nel pensiero; perchè la proprietà non può sussistere che su cose tangibili e non sopra idee. Si volle eliminare questo assurdo riferendo la quota o alla proprietà o ai singoli diritti compresi nella proprietà. E non si fece che cadere in un assurdo peggiore; perchè si può avere o no un diritto; ma non si può avere una frazione di un diritto. La scienza italiana riconosce oramai la verità di queste nostre affermazioni, eccettuata la prima. Essa crede concepibile una pluralità di dominii sulla stessa cosa quanti sono i condomini. Il FERRINI, *Pand.*, pag. 444, n. 2, arriva ad attribuire più diritti di proprietà a ciascun

stificati se tuttavia la accolsero. Essi ebbero infatti nelle due opposte affermazioni in discorso: *a*) che il socio è proprietario di tutta la cosa; *b*) che il socio è proprietario della parte ideale, due mezzi a loro disposizione per regolare lo stato di comunione, giovandosi della legislazione e della dottrina relative al dominio, anzichè creare di sana pianta tutto un nuovo ordinamento legislativo e dottrinale per esso. Guidati da pratico intuito essi non ebbero che da passare a vicenda da quella idea a questa e da questa a quella per giustificare i principii conformi al fine che voleano raggiunto, che era l'esclusione dei terzi, l'assicurazione e la distribuzione del godimento tra i soci. Nonostante la loro abilità, con questo operare solo col diritto del socio singolo, e non considerare mai la collettività dei soci, essi si preclusero la via a dar valore alla volontà della maggioranza dei soci circa il godimento e l'amministrazione della cosa, e vennero a qualche decisione, anche fondamentale, ripugnante ai bisogni pratici, o malcerta in sè e nel suo fondamento. Ma conviene soggiungere che certe disposizioni complementari non desunte dall'idea di proprietà del tutto o della parte, ma fondate soltanto sulle necessità del rapporto di comunione, e specialmente l'applicazione fatta in progresso di tempo dell'*actio communi dividundo* come mezzo per ottenere, anzichè la divisione della cosa, un arbitrato sulle contese tra loro dei soci, corressero o temperarono i difetti dipendenti dai concetti con cui i giuristi operarono, di modo che si giunse ad un ordinamento del condominio, se non perfetto, certo tollerabile.

Veniamo a dire le singole disposizioni intorno al rapporto in esame.

Il condominio può sorgere per le più varie cause.[1]

---

condomino; un'idea, a dir poco, strana; ma la scienza italiana che la respinge dovrebbe anche riconoscere che è nata da ciò che quella che essa professa non basta a rendere i servizi che le domanda e per amor dei quali la accetta.

[1] Coeredità, collegato, commistione, confusione, invenzione comune di un tesoro, alienazione per parte di un proprietario solitario di una quota ideale della cosa, società, ecc. Si riferiscono al

Una volta sorto, per concedere, com'era necessario, che il socio sostituisse altri a sè nel proprio diritto, i Romani si giovarono dell'idea che egli è proprietario della quota ed ammisero quindi che potesse alienarla e costituire su di essa un diritto di usufrutto, di pegno, d'ipoteca, d'enfiteusi e di superficie cogli stessi modi di cui si potea giovare il proprietario solitario per far ciò rispetto alla cosa nel suo esclusivo dominio.[1]

---

caso di *societas omnium bonorum* questi testi: l. 1, § 1, D. 17, 2 *in societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur;* l. 2 eod. *quia licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.* I più ne deducono che adunque la comproprietà sorgeva, data una simile società, perchè ogni socio conservava la proprietà di una parte ideale della sua cosa, e trasferiva la proprietà dell'altra al socio per tradizione compiuta mediante *constitutum possessorium.* Altri pensa che la comproprietà sorgesse dalla mera convenzione di mutui trapassi di parti ideali delle cose dei soci. È preferibile la prima opinione. — Le parti possono essere uguali o disuguali. La loro possibile disuguaglianza dimostra, contro ciò che fu sostenuto, che esse non derivano dalla mera concorrenza tra i soci. Se così fosse, dovrebbero essere sempre uguali.

[1] La facoltà del socio di costituire i diritti reali menzionati sulla cosa comune non dipende da altro se non appunto da questo che essi importano una sostituzione nel godimento della cosa di una persona ad un'altra, nè più nè meno di quel che avviene nel caso di alienazione. La differenza è solo questa che nel caso di alienazione la sostituzione è definitiva e semplice, nel caso di usufrutto è interinale, nel caso di pegno e d'ipoteca eventuale, nel caso d'enfiteusi e di superficie è definitiva ma vincolata a certe prestazioni. — Circa all'alienazione va notato che i Romani, movendo dall'idea della quota come cosa, regolarono molto semplicemente i casi di alienazione parziale di una cosa o di alienazione totale o parziale della quota ai consoci. Essi poterono infatti concepire come alienazione di dominio la cessione e come ritenzione di dominio la conservazione di una quota. Chi segue la teoria che nel condominio vi ha una pluralità di dominii quanti sono i condomini, se vuol essere conseguente, deve ammettere per codesti casi delle costruzioni giuridiche in perfetta contraddizione col pensiero e la terminologia e gli ordinamenti stessi giuridici romani. Così se io proprietario solitario alieno la parte ideale di cosa si dovrebbe dire che nulla alieno; conservo il mio diritto e ne creo uno nuovo. Del socio che cede la sua quota al socio si dovrebbe dire che nulla aliena; rinuncia soltanto al suo dominio. Come avrebbero potuto allora servirsi per questo caso i Romani della mancipazione e della tradizione, che son modi di trasferire diritti e non di rinunciarvi? Del socio che cede una quota della sua quota ad uno fra più soci si dovrebbe

Di questa idea non potevano invece giovarsi per regolare l'uso della cosa tra i soci. Rimase così preminente l'altra che ogni socio è proprietario di tutta la cosa. E da questa i giuristi trassero l'inevitabile conseguenza che nessun socio può disporre della cosa comune senza il consenso degli altri soci.[1]

Ove il consenso mancasse, il socio non avea altro rimedio che ricorrere all'azione *communi dividundo* per chiedere la divisione della cosa comune. Ma in occasione dell'azione le parti poteano, se concordi, rinunciare momentaneamente alla divisione, e far che il giudice pronunciasse come arbitro circa una distribuzione dell'uso fra loro.[2]

---

dire che nulla aliena e a nulla rinuncia; le parti si limiterebbero a regolare diversamente le frazioni di godimento, a cui devono servire i diritti di proprietà che ognuna conserva. Lascio al lettore proseguire in questo calcolo.

[1] L. 28, D. 10, 3; l. 11, D. 8, 5. Non si confonda questo principio con quel che vale per le magistrature collegiali romane. Un console può far tutto sinchè l'altro console non intercede; invece il comproprietario non può far nulla, se gli altri soci prima non consentano. — L'*ius prohibendi* in discorso, per cui si produce un'elisione mutua dei diritti di condominio, è la manifestazione più evidente dell'assurdo logico che si ha nel far dei soci dei proprietari di tutta la cosa. L'accordo dei soci rendeva, è vero, possibile il godimento di ciascuno e sembra che i Romani vedessero nel godimento dipendente dall'accordo un esercizio del dominio, in quanto esso stesse nei limiti della quota, mentre il di più era esercizio della facoltà ottenuta colla convenzione. [In l. 35, § 1, D. 19, 2 si suppone due soci i quali convengono che godranno alternativamente d'anno in anno il fondo, pagando l'utente una mercede a chi in quell'anno non usa. Il contratto è raffigurato come locazione di chi non usa a chi usa della parte di cosa spettante al primo. L'uso dell'altra parte era adunque, come pare, pensato come esercizio del dominio. In l. 23, D. 10, 3, ove si suppone lo stesso accordo, ma senza la mercede, si respinge l'idea di locazione, perchè manca appunto la mercede; e si consiglia, nel caso che l'un socio vieti all'altro poi di godere, l'*actio communi dividundo* o una *civilis incerti actio*]. In realtà nessuna parte del godimento è esercizio del dominio, perchè il socio gode della cosa, anzi che per la libertà d'azione che nominalmente costituisce il suo potere, per il consenso altrui.

[2] Il principio in discorso subì pochi temperamenti. Fu ammesso che se un socio lasciò all'altro di alterare la cosa comune senza fare opposizione, non potesse esigere il ristabilimento dello stato precedente, ma soltanto il risarcimento del danno; e se anche si

I Romani tornarono ad operare coll'idea che il socio non è proprietario che della quota per negargli da un lato sia la possibilità di imporre da solo servitù sulla cosa comune, sia quella di acquistarle da solo ad essa,[1] e per permettergli dall'altro di far riconoscere con *rei vindicatio* il suo diritto[2] e di farsi immettere nel compossesso della cosa, come pure di agire colla negatoria, colla confessoria, di fare un'*operis novi nunciatio,* di sperimentare l'*interdictum quod vi aut clam* contro terzi e di esigerne la *cautio damni infecti.*[3] Nessuna di codeste azioni, tolto l'*interdictum q. v. a. c.,*[4] può invece sperimentarsi da un socio contro l'altro per la sua condotta rispetto alla cosa comune. Il principio deriva dall'idea opposta che il socio

---

oppose, non possa esigere codesto ristabilimento che se giova a tutt'i soci che l'opera sia tolta di mezzo. Quest'ultimo principio sancito in l. 26, D. 8, 2 è però probabilmente di origine bizantina. Lecita ab antico ad ogni socio anche senza il consenso dell'altro fu l'esecuzione dei lavori necessari alla conservazione della cosa comune in buono stato. E quando i lavori risguardino case si disse già (§ 93) che sanzione avea il diritto del socio che li eseguì ad essere risarcito dagli altri delle spese sostenute. Da ultimo i compropietari di un sepolcro hanno ciascuno la facoltà di seppellirvi un cadavere senza il consenso reciproco; può anche ogni socio essere seppellito nel fondo comune senza il consenso degli altri soci, benchè il luogo della sepoltura resti perciò sottratto al commercio.

[1] *Servitus per partes neque adquiri neque imponi potest.* Il primo principio è conforme ai fini della comunione; il secondo no. Qui si avrebbe potuto muovere dall' idea che il socio è proprietario di tutta la cosa, per permettergli di avvantaggiare coll'acquisto di una servitù alla cosa comune con sè gli altri soci. L'altra regola: *servitus per partes retinetur* ha la sua pratica ragione nella necessità d'impedire che si estingua una servitù per il fatto che il proprietario del fondo dominante diviene condomino del serviente e inversamente.

[2] La rappresentazione qui usata della quota come cosa si manifesta nell'esigenza che il socio rivendicante indichi precisamente la cosa che rivendica nominando la frazione, se è possibile, o in altro modo; v., ad es., l. 3, § 2, D. 6, 1.

[3] Se più soci abbiano ottenuto la *cautio damni infecti* sono immessi nel possesso della cosa che minaccia danno per parti uguali, anche se le loro quote sono diverse. È un terzo anche il socio rispetto a questo rimedio, se la cosa minacciosa alla comune è in sua proprietà.

[4] L'eccezione dipende da ciò che si può sperimentarlo anche contro chi compie l'opera sul suo.

è proprietario di tutta la cosa, onde qualunque uso arbitrario e dannoso faccia della cosa o qualunque impedimento rechi all'uso degli altri soci, non fa che usare del suo e impedire invasioni del suo.[1] I giuristi consigliano al socio danneggiato di ricorrere in tali casi all'*actio communi dividundo.*

Sugli acquisti del *servus communis* si è già parlato.[2]

Un socio può derelinquere la sua quota, perchè è una cosa. Si sostiene che in questo caso la quota accresca ai soci; ed è probabile, ma mancano le fonti. Abbiamo solo testi che contemplano la manomissione fatta da un condomino del servo comune. Il caso fu contemplato al § 26. Invece un proprietario solitario non può derelinquere una quota della sua cosa. L'idea di quota i Romani non la hanno creata che per stabilire o regolare diritti concorrenti; dove manchi questo scopo, l'idea non si presentava a loro, come non si presenta a noi.

I soci possono procedere alla divisione della cosa comune stragiudizialmente. La convenzione di divisione non opera passaggio di proprietà; questo avviene mediante l'impiego susseguente di uno dei consueti modi di traslazione del dominio.[3]

Ogni socio può pretendere dal socio riluttante che la cosa comune sia divisa, nè è ammessa una perpetua privazione di codesto diritto o per accordo tra i soci o per disposizione sia per atto tra vivi che di ultima volontà di chi li fece soci. Il diritto in questione può es-

---

[1] È però evidente che il ragionamento si poteva invertire. Non direi però che faccia questo e venga quindi ad opposte conclusioni Marcello in l. 11, D. 8, 5.

[2] § 20. Qui aggiungiamo che se il servo comune stipulò la costituzione di una servitù a favore di un fondo di cui uno dei condomini non ha la proprietà, il credito relativo è acquisito soltanto al condomino che sia proprietario di quel fondo. I principii sugli acquisti di un servo comune si riconducono ora all'una ora all'altra delle idee regolatrici del condominio.

[3] In diritto giustinianeo dovea seguire la tradizione. I soci si tradevano reciprocamente la proprietà della parte reale non assegnata a loro. Una costruzione giuridica infelice. Nel fatto si ha soltanto sostituzione di dominio a condominio.

sere escluso in codesti modi solo temporaneamente[1] e allora è escluso anche contro i successori dei soci nella comproprietà. Soltanto quando la cosa sia tale che la divisione di essa non sarebbe praticamente possibile, non può esser divisa che col consenso reciproco dei soci.[2]

L'azione con cui si otteneva la divisione era l'*actio communi dividundo*. Il giudice in essa compiva l'aggiudicazione (v. il § 92) tenendo conto degli accordi delle parti; in difetto di questi procedeva liberamente. Potea così aggiudicare tutta la cosa ad un socio, imponendogli di risarcir l'altro, come dividere e distribuir la cosa in parti reali tra i soci; potea anche imporre servitù sopra una parte reale a carico di un'altra. È incerto se, perchè avesse corso l'*actio communi dividundo*, dovessero essere partecipi al giudizio tutti i soci, o bastasse che tutti fossero citati.

L'*actio communi dividundo*, benchè sorta ai fini della divisione, fu piegata poi a servire come mezzo per istabilire in occasione della divisione le prestazioni personali che un socio doveva all'altro in dipendenza della comunione;[3] infine essa potè sperimentarsi non per dividere la cosa, ma solo per regolare i rapporti tra soci nello stato di comunione.

Capo IV.

LE SERVITÙ.

§ 100. — Origini delle servitù.

Poi che le genti romane ebbero accostate le sedi e iniziati rapporti pacifici tra loro, avvenne, già anteriormente alla costituzione della città, che l'una ottenesse da

---

[1] Giustiniano aggiunge in l. 14, § 2, D. 10, 3, l'ulteriore limitazione: *si rei qualitati prodest.*

[2] V. il caso contemplato in l. 19, § 1, D. 10, 3.

[3] Pongasi perchè fece delle spese nella cosa comune, o perchè l'uno percepì frutti che deve rendere all'altro, ecc. Altri esempi di quest'applicazione dell'*a. c. d.* furono dati precedentemente.

un'altra la facoltà di usare perpetuamente, a scopo di passaggio, di un sentiero pedonale (*iter*) a traverso il suo territorio. Sull'esempio dell'*iter* si accordò poi da gente a gente, sempre a codesto scopo, l'uso perpetuo di una strada campestre sufficiente al passaggio di armenti e veicoli (*actus*) e più tardi ancora di una strada militare (*via*) atta a sopportare inoltre il passaggio di truppe armate, di macchine e strumenti bellici e quindi forse più ampia e solida dell'*actus*. Infine si concedette una via d'acqua (*iter aquae*), cioè il diritto di far passare per il territorio di un'altra gente o anche di derivarne un corso d'acqua a scopi alimentari prima, agricoli poi. Erano così formati quattro tipi di diritti che si chiamarono *iura praediorum*, come quelli che correndo fra due corporazioni gentilizie sovrane dei rispettivi territorii, e importando per l'una un sacrificio d'indipendenza e per l'altra un'estensione di sovranità territoriale erano giudicati costituire più una condizione giuridica dei territorii che delle corporazioni. La concessione di simili diritti, appunto perchè riflettevano territorii, cioè beni nella *manus* collettiva della gente, non potea farsi che colla forma propria del commercio giuridico intergentilizio, ossia mediante *mancipatio*. Perciò i diritti stessi furono *res mancipi*.[1]

Famigliarizzatesi le genti ed il suolo, i diritti in discorso non scomparvero, ma si famigliarizzarono anch'essi, assumendo la figura storica, che descriviamo al § successivo, la quale è evidentemente nata da un adattamento ai nuovi ordini sociali e fondiarii della loro figura preistorica. Due *patresfamilias* proprietari di due fondi surrogano le due genti concedente e concessionaria, assumendo il potere di vincolare l'un fondo all'altro in qualunque dei modi veduti, non solo per la durata del loro dominio, ma a favore di ogni successivo proprietario del fondo dell'uno e a danno di ogni successivo proprie-

[1] Altri pensa, come abbiamo già accennato a pag. 377, n. 1, che l'*iter*, l'*actus*, la *via*, l'*aquaeductus* non fossero diritti su cosa altrui originariamente, ma una forma di proprietà; che cioè la concessione di simili diritti fosse concessione di dominio sulle vie anzidette e sul canale.

tario del fondo dell'altro e tanto più di ogni terzo. Così si mantiene artificiosamente, per ragioni di utilità, quella perpetuità del rapporto che prima derivava non tanto da ragioni simili, quanto dalla stessa perpetuità sia delle parti nel rapporto che della loro sovranità territoriale. Nella nuova figura, mutando continuamente, contrariamente a quel che avveniva nell'antica, una delle parti, cioè il titolare, ed essendo surrogata l'altra dalla totalità dei sottomessi al diritto di Roma, dovea accentuarsi, per mantenere al rapporto la sua identità nel tempo, il concetto di esso, come rapporto tra i fondi, anzi che tra persone.

Ad imitazione dei diritti veduti, ne sorsero in processo di tempo altri, ma in circostanze assai diverse. La soppressione degli *ambitus* fra gli edifici all'interno dell'*urbs Roma* fece sentire il bisogno che la disposizione di un edificio fosse limitata a favore dell'attuale e dei successivi proprietari di un altro per quegli scopi, anzitutto, a cui già provvedeva l'*ambitus,* ossia lo scolo delle acque dai tetti, lo scarico delle immondizie, la luce. Ciò avveniva quando da gran tempo era fondata la città, costituita la proprietà individuale su tutte le *res mancipi* e chiuso l'elenco di queste. Quindi simili limitazioni non poteano costituirsi per via di *mancipatio;* esse cioè non poteano entrare nel diritto che come *res nec mancipi.* La giurisprudenza stabilì che si potessero costituire per *deductio* in occasione della mancipazione di uno dei due fondi, come già usava per i *iura praediorum* prima contemplati; e una volta così introdotti questi nuovi tipi di diritto, applicò anche ad essi, come modo di costituirli senza bisogno di alienare uno dei fondi, la *in iure cessio.*[1] Si ebbero così due categorie pari di natura di rapporti tra

[1] La tradizione non compare perchè, sorgendo i nostri diritti dopo fondata la città ed i giudizi, si avea nella *in iure cessio* un modo di costituirli più conveniente alla loro natura della tradizione che era solo adatta al commercio di cose. Si dovette invece usare per la costituzione degli antichi la *mancipatio,* benchè si possa dir di questa ciò stesso che diciamo della tradizione, perchè nel commercio internazionale era difficile creare un nuovo negozio adatto al caso.

fondi, onde anche alla seconda fu dato il nome già dato alla prima di *iura praediorum* ed entrambe furono distinte rispettivamente coi nomi di *i. p. rusticorum, i. p. urbanorum*.

Un'altra designazione sorse per i nostri diritti. I Romani conservarono lungamente circa a tutti i fondi in proprietà privata lo stesso concetto. Per essi erano tutti frazioni del territorio originariamente in sovranità delle genti, e perciò li consideravano più in sovranità che in proprietà dei padri. Ne veniva che pensassero di essi ciò che pensavano del territorio gentilizio, ossia che il loro stato perfetto fosse l'indipendenza loro da ogni vincolo verso altri fondi. Questo stato in età indeterminata, ma, come pare, posteriore a quella in cui si era stabilita la nomenclatura suesposta, lo indicarono per antitesi col nome di *libertas* e chiamarono quindi tutti i *iura praediorum* col nome di *servitutes* rispettivamente *p. rusticorum* ed *urbanorum*.[1] Il fondo che soggiaceva a una servitù lo dissero *serviens, qui servitutem debet;* il fondo che ne godeva, dagli interpreti chiamato « dominante, » *cui servitus debetur*.[2]

Le servitù urbane furono, come le rustiche, ammesse una ad una, per la ritrosia, derivante dal concetto suesposto, a lasciar che le parti vincolassero la libertà dei loro fondi ad arbitrio. Ma, in ragione della loro diversa origine e funzione primitiva, si trovarono sottoposte a norme in parte diverse. Codesta diversità avrebbe dovuto sparire col tempo e le due categorie fondersi in una. Non solo infatti le servitù rustiche sorte come rapporti tra agri gentilizi erano divenute rapporti tra fondi in proprietà in-

---

[1] La *libertas* del fondo non è alterata dai limiti che imponga la legge alla proprietà fondiaria, anche se vanno a beneficio di un altro fondo. Codesti limiti fanno parte dello stato giuridico normale, appunto perchè legale, della proprietà fondiaria. Perciò non si chiamarono *servitutes*. Questo nome andava e fu riserbato al caso che per atto privato s'imponesse ad un fondo una soggezione estranea all'ordinamento legale della proprietà fondiaria.

[2] Normalmente nelle fonti *servitus fundi* indica la servitù spettante ad un fondo, il genitivo è di appartenenza. Il fondo libero da servitù diceasi *optimus maximus*, epiteti della divinità.

dividuale com'erano sempre state le urbane, ma e quelle e queste furono necessariamente applicate dovunque potessero servire; quindi tra tutti i fondi di qualunque specie e qualunque fosse la loro ubicazione, perchè ciò che dava tipo alla servitù era il suo contenuto, non la qualità o il luogo dei fondi. La tradizione storica fu però anche qui più forte delle esigenze dei fatti nuovi. Ciò importò una conseguenza notevole.

Sembra che per molto tempo non siano esistite altre servitù rustiche che le quattro già ammesse tra agri gentilizi, che abbiamo menzionate. Certo queste si distaccano entro l'elenco delle servitù rustiche come un gruppo più antico, a cui a gran distanza di tempo si unirono le altre. Rispetto alle servitù urbane non si constata lo stesso fenomeno, onde è a ritenere che per queste lo sviluppo sia stato continuo, benchè in origine molto più lento che in seguito. Quando ora la giurisprudenza credette di moltiplicare i tipi di servitù, e lo fece in tempo in cui gli antichi si applicavano a tutti i fondi col solo limite che fossero esercitabili data l'indole loro e dei fondi, ad essa venne meno un criterio decisivo per inserire le nuove servitù nell'una o nell'altra categoria, e dovette ricorrere ad un criterio, del cui arbitrio mostra di aver coscienza,[1] ossia la loro connessione prevalente alla vita agricola o all'urbana.[2] Così nel diritto evoluto i nostri diritti si tro-

---

[1] *In rusticis computanda sunt* dice Ulpiano in l. 1, § 1, D. 8, 3.

[2] La distinzione non è adunque in alcun rapporto con quella tra fondo rustico e urbano nel suo significato storico (l. 198, D. 50, 16), secondo cui è rustico il fondo non coperto da edifici, urbano il fondo fabbricato, siano essi in città o in campagna. L'*iter* era ad es. sempre servitù rustica anche se passava per un edificio e competeva sopra un edificio; e la *servitus ne prospectui officiatur* era sempre urbana anche se correva tra due fondi scoperti. Questo si sarebbe sempre ammesso, perchè risulta dal comportamento generale delle nostre fonti, senza alcuni testi, che diedero origine a diverse teorie, di cui la prevalente è ancora quella che la servitù sia rustica o urbana, secondo che compete a un fondo rustico o urbano. Ma i testi accennati non provano nulla contro la nostra tesi. In l. 2, pr. D. 8, 3, va letto infatti certamente *urbanorum* e non *rusticorum*; in l. 11, § 1, D. 6, 2, sono interpolate le parole *itemque.... constat* (V. i miei lavori: *Editto Publiciano*, pag. 57; *Modi pretorii d'acquisto delle servitù*, pag. 33). Ci vuole infine troppa buona volontà per leggere in l. 1, § 1, D. 43, 19

vano distribuiti in due elenchi retti da regole diverse, senza che una ragione della diversità più esista. Toccò alle nuove legislazioni di continuare lo sviluppo storico in due modi: eliminando i tipi delle servitù, coll'ammettere che le parti possano costituire che servitù vogliono, e abolendo la distinzione fra servitù rustiche ed urbane.

§ 101. — Definizione delle servitù e regole comuni ad esse.

Le servitù sono diritti consistenti nel potere chiunque abbia la proprietà di un fondo esigere che, a vantaggio di questo, non sia esercitata rispetto ad un altro fondo non suo una data forma di attività da parte di nessuna persona.[1]

Usa dire, non bene, che sono diritti reali in un senso speciale attivamente, in quanto competono ad ogni proprietario del fondo dominante; certo lo sono nel senso comune passivamente, perchè hanno tutte le qualifiche vedute di simili diritti.

Possono importare la facoltà di fare alcun che sul fondo serviente (ad esempio: passare); queste si dicono servitù *in patiendo* o positive; o soltanto d'impedire che altri vi faccia alcun che (ad esempio: alzi l'edificio); queste si dicono servitù negative o *in non faciendo*. Non possono, tolto un caso, di cui diremo più innanzi, consistere nel diritto che altri faccia alcun che (*servitus in faciendo consistere nequit*).[2] La facoltà che procurano è sempre,

---

che l'*iter*, l'*actus*, la *via* potessero anche non essere servitù rustiche. La distinzione era però in rapporto con quella tra fondo rustico urbano in età antica, perchè allora fondo urbano era veramente l'edificio nell'urbe (BRUGI, *L'ambitus e il paries communis*, pag. 9) e al fondo rustico corrispondeva in antico l'*ager* inteso come territorio di una *gens*. È possibile che nell'età più remota le servitù *p. rusticorum* si dicessero *servitutes agrorum*.

[1] Attività esercitata rispetto ad un fondo è anche quella consistente nell'escluderne l'intervento d'altri a qualche scopo. Perciò la definizione conviene anche alle servitù positive.

[2] Non è ammesso nemmeno che il proprietario del fondo serviente deva fare le opere necessarie per rendere possibile l'esercizio della servitù.

a differenza della proprietà, dell' enfiteusi della superficie, dell'usufrutto, determinata; esse non importano mai una disposizione generale. Si gode per esse inoltre, se sono positive, del valore d'uso della cosa; se sono negative, di un suo stato; mai, a differenza dal pegno, del suo valore di cambio.

Le servitù corrono tra fondi; quindi non si ha servitù nè a favore di una cosa, nè sopra una cosa, che non entri nel concetto di fondo; così ad es. non può esistere servitù a favore di un capanno mobile eretto in un luogo o sopra un cumulo di sassi.

Il fondo su cui gravano non dev'essere del titolare del diritto: *nulli res sua servit;* ma può essere così d'altri (e sarà il caso normale; perciò i Romani inscrissero le servitù tra i *iura in re aliena*) come di nessuno. La servitù graverà su di un fondo di nessuno, solo quando questo alla sua costituzione fosse d'alcuno; su fondo di nessuno una servitù non può sorgere.

Le servitù sono inalienabili; non possono cioè essere mai separate dalla proprietà del fondo a favore del quale sono costituite; si alienano solo con questo.

Devono inoltre essere esercitate a beneficio esclusivo del fondo dominante. Il titolare di una servitù non può quindi esercitarla a beneficio di un altro suo fondo, nè permettere con locazione, commodato o altrimenti che terzi la esercitino a beneficio dei loro fondi. Giustiniano recò un temperamento a questa regola in materia d'acque.[1]

Quando la giurisprudenza largheggiò nell'ammettere nuovi tipi di servitù, essa avvertì che non si potevano costituire servitù che non soddisfacessero a un serio interesse del proprietario del fondo dominante, come sarebbe la servitù di poter passeggiare per il giardino del vicino.

E inoltre che non si poteano costituire servitù che per il loro contenuto non presentassero un'utilità in relazione ad alcuna delle destinazioni economiche conformi alla natura del fondo (*servitus praedio utilis esse debet*).[2]

---

[1] L. 33, § 1, D. 8, 3.
[2] V. un'applicazione della regola in l. 6, pr. D. 8, 3.

Le servitù possono però essere costituite anche se il bisogno del fondo dominante a cui possono soddisfare è futuro o transitorio, e perdurano anche se il bisogno per il quale furono costituite viene a cessare.

V'avea modi di costituzione delle servitù che non tolleravano l'aggiunta di condizioni o termini sospensivi, nè risolutivi, altrimenti l'atto non valeva. Una dichiarazione classica relativa a questi modi fu alterata dai compilatori così da dare ad essa questo senso: in qualunque modo si costituisca una servitù sotto termine o condizione, essa è validamente costituita e si considera il termine e la condizione come non scritti; si può però respingere con *exceptio doli* o *in factum* chi pretenda esercitarla contrariamente a ciò che fu stabilito.[1]

Le servitù possono essere validamente costituite anche se non sussistono ancora le condizioni perchè siano esercitate; così possono essere acquistate od imposte a un edificio futuro.

Le servitù non possono essere costituite a favore di una parte ideale di un fondo, nè sopra una parte ideale di un fondo (*per partes servitus neque adquiri neque imponi potest*);[2] tuttavia se il proprietario del fondo dominante diventi condomino del serviente o il proprietario del fondo serviente diventi condomino del dominante, la servitù si conserva (*servitus per partes retinetur*).[3]

Ogni servitù romana consta di una facoltà essenziale che ne forma il tipo, dalla quale si distingue il *modus*

---

[1] L. 4, D. 8, 1, colla quale va posta in relazione l. 3, D. 33, 3. La questione sull'apponibilità in genere di termini o condizioni sospensivi (i risolutivi son fuori di questione nel senso negativo) alla costituzione di servitù in diritto classico, dove l'atto lo conceda, è per me ancora *sub iudice*. Perciò non mi pronuncio in proposito.

[2] Quindi, per costituire una servitù a favore o su di un fondo in proprietà di più persone, devono acconsentire tutti i comproprietari; il consenso può essere prestato successivamente; la servitù è costituita quando l'ultimo comproprietario abbia acconsentito. Giustiniano ordinò tuttavia che anche prima della costituzione avvenuta i consenzienti alla concessione della servitù non possano opporsi al suo esercizio da parte del concessionario. V. anche pag. 476, n. 1.

[3] La difficoltà che offre l. 27, D. 8, 3. Giul. si elimina ritenendo che il giurista pensasse a una confusione dei due fondi in uno.

suo. *Modus* si dicono tutte le norme stabilite dalle parti dirette a contenere l'esercizio della facoltà essenziale al di qua del limite suo estremo che è costituito dal bisogno del fondo dominante.

Fondo dominante è il tratto di suolo a favore del quale la servitù va esercitata; fondo serviente è il tratto di suolo sul quale va esercitata. Se le parti abbiano designato un fondo, come il luogo sul quale o a favore del quale la servitù va esercitata, essa non è validamente costituita, se era loro intenzione che potesse essere esercitata solo sopra o a favore di una parte di esso, finchè la parte non è fissata. Quando questo non sia, ogni parte del fondo indicato serve o gode della servitù. Nella divisione per parti reali dei fondi la servitù segue attivamente e passivamente le parti. L'onere suo non deve per la divisione divenire però maggiore dello stabilito.

La servitù non restringe le facoltà del proprietario del fondo serviente circa la sua cosa se non nei limiti strettamente necessari all'esercizio della servitù. Onde ad esempio se il fondo di alcuno sia soggetto a una servitù di passaggio, anche il proprietario potrà giovarsi della via e se ne giova come domino del fondo.

La concessione della servitù importa concessione tacita delle facoltà necessarie al suo esercizio e al suo mantenimento. Chi ha ad es. un diritto di attingere acqua nel fondo del vicino, ha il diritto d'*iter* per entrarvi; ed ha quello di riparare il pozzo. L'esclusione delle facoltà, senza le quali la servitù non potrebbe essere esercitata, renderebbe nulla la concessione; nulla infatti sarebbe conceduto. L'esclusione invece delle facoltà che servono a conservare l'esercizio della servitù è lecita.

Un tempo occorreva che i fondi dominante e serviente fossero confinanti: *praedia debent esse vicina.* Ma ciò non fu in seguito più necessario; basta che la condizione giuridica dei fondi intermedi non sia tale da far dipendere l'esercizio della servitù volta per volta dalla tolleranza altrui.[1]

---

[1] Quindi ad es. può sussistere una servitù di via tra due fondi separati da una via pubblica, perchè ognuno può passare per la

Non si trova esempio nel diritto romano di una servitù vincolata per il suo esercizio all'ipotesi di una prestazione da farsi volta per volta o periodicamente al proprietario del fondo serviente; così ad es. non si trova esempio di una servitù di passaggio vincolata per ogni atto d'esercizio al pagamento di un pedaggio.

§ 102. — Principii differenziali tra le servitù rustiche ed urbane; cenni sulle singole servitù.

Le servitù rustiche sono *res mancipi*,[1] come si disse, le urbane *nec mancipi*.

Le prime si estinguono col solo non usarne; per l'estinzione delle urbane occorre inoltre che sia usucapita la libertà del fondo (*usucapio libertatis*).[2]

Tanto le servitù rustiche come le urbane non poteano essere oggetto di pegno per la loro inalienabilità. Giustiniano con interpolazioni di testi,[3] mentre mantenne

---

via. Ma non può sussistere servitù d'acquedotto nella stessa ipotesi, perchè non è permesso traversare con acquedotti la via pubblica; dato dall'autorità il permesso, la servitù è costituibile. In l. 23. § 3, D. 8, 3, è per me dubbio se siano un'interpolazione o un glossema le parole, secondo le quali basterebbe la tolleranza del proprietario intermedio: *aut, si proximi patiantur, transeant*. Nella prima ipotesi avremmo una innovazione giustinianea inspirata da favore per la costituzione di servitù.

[1] Sono tutte tali, anche quelle sorte dopo famigliarizzato il suolo, cioè posteriormente alle quattro più antiche. La giurisprudenza considerò la qualità di *res mancipi* come connessa non ai singoli tipi delle quattro antiche servitù, ma alla loro comune natura di servitù rustiche. Così non si manteneva aperto l'elenco delle *res mancipi* in relazione ai nostri diritti; si teneva ancora chiuso, perchè in esso non erano quelle date servitù, ma la categoria: servitù rustiche.

[2] V. per i particolari il § 105. *Usucapio libertatis* è un tropo; usucapione non esiste che delle cose e dei diritti, non della libertà. Una diversa opinione professa il PERNICE, *Labeo,* II, 1, pag. 33, 6.

[3] L. 11, § 3, D. 20, 1. Marc.: *iura praediorum* [*urbanorum* interp.] *pignori dari non possunt* [*igitur nec convenire possunt ut hypothecae sint* interp.] l. 12, eod. Paul. *sed an viae itineris actus aquaeductus pignoris conventio locum habeat videndum esse Pomponius ait;* e certo Pomponio negava. Giustiniano invece affermò, scrivendo: *ut talis pactio fiat,* ecc. sino alla fine della legge. V. anche pag. 527, n. 1.

l'inoppignorabilità delle urbane, dichiarò oppignorabili le rustiche senza determinare in modo preciso nè il caso a cui si riferiva, nè le conseguenze del pegno costituito.[1]

Fra le servitù rustiche sono particolarmente importanti le quattro più antiche.

L'*iter*, come diritto d'uso di un sentiero pedonale, importa la facoltà di passare a piedi, a cavallo, in lettiga. L'*actus*, come diritto d'uso di una via campestre, importava la facoltà *eundi agendi*, cioè di passare sia con un veicolo che col gregge. Normalmente l'*actus* includeva in sè l'*iter*; ma era anche ammesso che si potesse escludere l'*iter*, così che non si potesse passare nei modi permessi dall'*iter* che in quanto era necessario ad esercitare il diritto di *agere*. Si disputa intorno alla facoltà essenziale propria della *via*. Abbiamo già detto al § 100 in che per noi consisteva nelle età preistoriche. Cessate le guerre fra genti, essa si ridusse a una servitù di passaggio che i giuristi non poteano definire se non, come fanno, al modo stesso dell'*actus*.[2]

La servitù d'acquedotto è il diritto di derivazione d'acqua a traverso l'altrui fondo o sia acqua che sta fuori del fondo serviente, o sia acqua che ne è parte; in questo secondo caso il diritto di derivazione importa diritto di estrazione. Non si può derivare acqua che da bacini d'acqua viva, ossia alimentati da fonti. Un'acqua simile i Romani, oltre che viva, la chiamavano *perennis, perpetua;* dicevano anche di essa che *habet perpetuam causam*, ossia che ha carattere perenne.[3] Quindi si può condurre

---

[1] Manca in particolare la distinzione tra pegno da parte del proprietario dominante su servitù già costituita, e pegno conceduto dallo stesso proprietario sopra una servitù non esistente prima.

[2] Regole che la distinguono dall'*actus* sono che dove non è prestabilita dalle parti l'ampiezza della via, questa deve essere per prescrizione delle XII tavole ampia 8 piedi *in porrectum* e 16 *in anfractum* (*id est ubi flexum est*, dicono le fonti, con frase di significato ignoto) e che chi ha la *via* ha l'*ius trahendi lapidem aut tignum* e secondo alcuni giuristi anche *rectam hastam ferendi* (altra frase di senso oscuro); tutte norme che non valgono per l'*actus*.

[3] Una glossa in un testo (l. 28, D. 8, 2) ha fatto credere che i Romani esigessero che le servitù avessero *perpetuam causam*, un

acqua da un fiume o da un lago perenne; non da un fiume torrente, da uno stagno, da una cisterna. E ancora l'acqua va derivata direttamente dal bacino acqueo; e non da punti a cui l'acqua pervenga per derivazioni fatte dal bacino; giunta infatti a questo punto non appartiene più a un bacino d'acqua viva.[1]

Anche delle servitù urbane non nomineremo che alcune. La servitù di cloaca, che alcuno fa la più antica, consiste nel diritto di far passare per il fondo serviente la cloaca che parte dal dominante. La servitù di stillicidio è il diritto di far cadere l'acqua piovana dal nostro edificio sul fondo altrui, ma nel modo in cui scende se prima che cada dal tetto non la si raccoglie, regolandone il corso. Se si possa anche far questo (ad esempio con grondaie), l'acqua diviene un corso d'acqua, un *flumen*, e la servitù diventa un'altra; cioè la *servitus fluminis*. Si deve però trattare d'acqua piovana (*caelestis*). La servitù *tigni immittendi* importava il diritto di tener le travi del nostro edificio infisse nell'edificio del vicino. La *servitus oneris ferendi* consisteva nella facoltà di far sostenere in parte il peso del nostro edificio dall'altrui. Avea di speciale che, contrariamente a tutte le altre servitù, qui il proprietario del fondo serviente era tenuto a un *facere;* egli dovea tener la parete che sosteneva il peso in condizione di sopportarlo; dall'obbligo non si liberava che derelinquendola.

Tra le altre servitù urbane alcune prendono il nome da una facoltà di fare che competerebbe al titolare della servitù per la proprietà che ha sulla sua cosa; tali sono

---

requisito che non si sapea in che modo interpretare precisamente, per renderlo consentaneo a molte sentenze delle nostre fonti, e che i più quindi interpretavano a capriccio e in modo molto impreciso al fine di evitare l'ostacolo di codeste sentenze, senza riuscirvi. Credo di aver dimostrato nel mio lavoro *Perpetua causa*, ecc. che appunto il testo citato è una glossa e che quindi la regola è immaginaria.

[1] Tra le servitù nuove menzioneremo l'*haustus* che si distingue dall'acquedotto perciò che consiste nel diritto di estrarre acqua dal fondo serviente andando ad attingervela, così che nell'*haustus* è quindi compreso l'*iter;* e le servitù *pecoris ad aquam adpulsus, pascendi, calcis coquendae, harenae fodiendae,* ecc. Anche l'*haustus* come l'*adpulsus* esigono acqua viva.

la *servitus altius tollendi, luminum, luminibus officiendi, stillicidii non avertendi in aream vicini,* ecc. Il loro contenuto è incerto.[1]

§ 103. — Modi di costituzione delle servitù.

Cominciamo dal contemplare i modi di costituzione preclusi ai peregrini ed applicabili ai soli fondi italici.

Le servitù rustiche si costituiscono con *mancipatio.*[2] In età remota poteano costituirsi in conseguenza anche per usucapione, esercitandole per due anni.[3] Siamo informati che questo modo d'acquisto fu abolito da una legge *Scribonia* di età ignota. La giurisprudenza, che lo trovava abolito, ne giustificò la mancanza col dire che le servitù rustiche come cose incorporali sono incapaci di possesso.[4] Non fu però certo questa la ragione dell'abolizione.

Tutti gli altri modi valgono così per le servitù rustiche che per le urbane. Uno dei più antichi era la *in iure cessio* che avea qui la forma di una finta *vindicatio servitutis.* Sorto il legato *per vindicationem,* fu ammesso che si potesse legare così anche una servitù,[5] con l'effetto che fosse acquistata all'onorato all'atto dell'adizione dell'eredità.[6] In occasione di *mancipatio, in*

---

[1] In generale si ritiene che esistessero regolamenti pubblici limitanti i proprietari a favore dei vicini, ma così che fosse lecito a quelli procurarsi da questi in forma di servitù la liberazione da codesti vincoli. Il Ferrini, *Pand.*, pag. 491, n. 4, preferisce pensare a servitù con cui si alterava la forma e lo stato antico e quindi da doversi rispettare degli edifici. Altre servitù urbane sono le servitù *proiiciendi, protegendi, altius non tollendi, ne prospectui officiatur, ne luminibus officiatur,* ecc.

[2] Si compiva come la mancipazione di cosa corporale; mutava soltanto la formula detta dall'acquirente, che era in questo caso ad es.: *aio mihi esse ius eundi per fundum cornelianum idque mihi emtum esto hoc aere aeneaque libra.*

[3] V. il § 81, pag. 407, n. 4.

[4] L. 14, pr. D. 8, 1, dove non si parla che di servitù rustiche.

[5] Si usava ad es. la formula: *Titio ius eundi agendi per fundum Cornelianum do lego.*

[6] Il legato di servitù *per damnationem* e *sinendi modo* non origina che un debito dell'erede di costituire al legatario la servitù.

iure cessio, legato di un fondo l'alienante poteva imporre una servitù sopra il fondo alienato a favore di uno che riteneva. Questo modo di costituzione dicesi dai moderni *deductio.*[1] Gli antichi riconducevano la validità di questo atto non ad un accordo delle parti ma ad una legge che l'alienante dice alla sua cosa. La detrazione era fatta nel contesto dell'atto stesso d'alienazione.[2] La potestà costitutiva di diritti propria dell'arbitro nei giudizi *communi dividundo* e *familiae erciscundae* permise che le servitù si potessero costituire infine anche per via di *adiudicatio* in un *iudicium legitimum.* L'aggiudicazione della servitù dovea avvenire all'atto stesso dell'aggiudicazione della proprietà dei due fondi.

Per la costituzione di servitù tra fondi provinciali, in conformità alle tradizioni del diritto ellenico, si usò prima di una semplice convenzione (*pactio*), a cui, poi che si diffuse il diritto romano, si facea seguire una stipulazione. I due atti prima normalmente, poi, forse già al tempo di Gaio, sempre erano fusi in uno solo, una convenzione scritta, in fondo alla quale si dichiarava che era avvenuta su tutto l'insieme della convenzione una stipulazione. In questo caso si diceva che la servitù era acquistata per patto o per stipulazione, ma il più spesso *pactione et stipulatione,* duplice nome, meglio adatto a significare codesta convenzione. Le servitù così costituite non poteano valere per diritto civile; valeano per l'*imperium* del pretore provinciale; perciò sono qualificate come costituite *tuitione praetoris.*[3]

Nell'età giustinianea, i modi di costituzione delle servitù valgono per tutti i fondi. Essi sono tra gli antichi il legato, l'*adiudicatio* senza distinzione di giudizi, la *de-*

---

[1] Gli antichi usano in questo caso indifferentemente le parole *excipere, recipere, detrahere servitutem.* Il termine *deducere* lo riservano alla detrazione dell'usufrutto.

[2] Altri ritiene che la *legis dictio* nella *mancipatio* e *in iure cessio* di servitù seguisse all'atto. L'opinione secondo la quale sarebbe esistita differenza tra *impositio* ed *exceptio servitutis* non si fonda su seri indizi.

[3] Fr. vat. 61.

ductio che ora viene applicata, mentre prima non si poteva, alla tradizione del fondo e la *pactio et stipulatio*.

Giustiniano ne aggiunse altri due nuovi. Movendo dalla *traditio usus fructus* che la giurisprudenza classica intendeva per tradizione di cosa a titolo di usufrutto, e che egli interpretò come tradizione del quasi possesso del diritto d'usufrutto, egli ammise che si potesse costituire una servitù col permettere al concessionario di esercitarla. Questo modo di costituzione non è svolto nelle fonti nei suoi particolari. Si deve dire che nel sistema del diritto giustinianeo esso soggiace ai principii della tradizione di cosa. Infine, laddove la giurisprudenza classica non ammetteva usucapione di servitù, e soltanto riteneva che il lungo esercizio di una servitù (*vetustas*), facesse prova che la servitù era stata validamente costituita,[1]-[2] Giustiniano ammise, com'era inevitabile dopo riconosciuta una *traditio servitutis*, anche una prescrizione acquisitiva delle servitù, che si compiva in dieci anni fra presenti e venti tra assenti. Tra le molte questioni insolubili circa i suoi requisiti ci limitiamo ad accennare a quella, se sia ammissibile e in che modo una usucapione di servitù negative.

Si ritiene ora che una vera e propria costituzione di servitù, specialmente di passaggio, per destinazione del

---

[1] Le obbiezioni del BONFANTE, *Ist.*, pag. 295, n. 1, alla mia tesi e in particolare alle interpolazioni da me affermate nel mio lavoro citato *Modi pretorii*, ecc., non mi sembrano persuasive. *Tametsi ius non probaretur*, in l. 26, D. 39, 1, è frase concisa per indicare il difetto di dimostrazione di uno dei noti modi di costituzione di servitù. Per i giustinianei l'*actio utilis* valeva la *directa*. Nè è poi da trascurare che le innovazioni giustinianee non sempre furono fatte nitidamente e in aperta ribellione al diritto precedente, nè in blocco. L'*actio utilis* deriva da questa tendenza e metodo.

[2] Nella l. 10, § 1, D. 41, 3, è detto che le servitù sono inusucapibili per sè, ma usucapibili cogli edifici. Parrebbe quindi che nel diritto classico chi possedeva un edificio così fatto che il suo godimento importava esercizio di una servitù sul fondo vicino (pongasi che un terrazzo ne sporgesse sull'altrui fondo) usucapendo l'edificio, usucapisse la servitù. Ma noi riteniamo che in codesta legge siano interpolate le frasi *per se* e *cum aedificiis possint*. Certo contengono manifeste interpolazioni anche altre leggi, che parlano di un possesso della servitù col possesso dell'edificio; tali sono l. 20 pr., D. 8, 2 e l. 32, § 1, D. *eod.*, da *natura* sino alla fine del testo.

padre di famiglia (ossia per trasformarsi in servitù la dipendenza di servizio in cui un proprietario tenea due suoi fondi, quando in caso di sua morte passassero a due diversi proprietari) sia ignota anche al diritto giustinianeo; ma che in questo si trovino tuttavia i germi non ancora svolti dell'istituto. Questa opinione non è per noi sottratta a gravi dubbi.[1]

Le servitù possono essere imposte ad un fondo dal proprietario con effetto perpetuo, dall'enfiteuta e dal superficiario per il tempo in cui dura il loro diritto. Possono essere acquistate ad un fondo dal proprietario, dall'enfiteuta e dal superficiario, ma nei due ultimi casi è incerto se perdurino dopo estinte l'enfiteusi e la superficie.

§ 104. — Estinzione delle servitù.

Tutte le servitù si estinguono: *a*) Per rinuncia del titolare a favore del proprietario gravato. Essa si compiva nel diritto classico con *in iure cessio*.[2] Il proprietario gravato, se la servitù era positiva, diceva che il titolare non avea il diritto costituente la servitù; se era negativa, diceva di avere il diritto, cui la servitù escludeva; nei due casi il titolare *cedebat in iure* e la servitù era estinta. In diritto giustinianeo basta una rinuncia[3] non formale esplicita, o quella rinuncia implicita che si ha nel concedere il titolare non in via precaria al proprietario gravato di far qualche cosa in contraddizione colla servitù esistente; secondo il diritto classico invece in questa ipotesi la servitù perdurava e l'onerato avea solo un'*exceptio doli* contro il titolare che volesse tuttavia esercitarla.

b) Se cessa di esistere o diventa *res extra commercium* il fondo dominante o il serviente. Per un principio

---

[1] Sull'*iter ad sepulchrum*, di cui v'ha chi tratta a questo luogo v. pag. 397.

[2] E non per via di *mancipatio*. V. in proposito Karlowa, *röm. Rechtg.*, II, pag. 547.

[3] Non occorre la sua accettazione (controverso).

di benignità si ammise però che se, distrutto l'edificio dominante, se ne rifabbrica un altro identico, la servitù spetti al nuovo edificio.

c) Se il proprietario del fondo dominante diviene proprietario anche del serviente e inversamente (confusione); nè la servitù rivive, se i fondi tornano in mani diverse.

d) Se il fondo serviente è alienato dal fisco, dall'imperatore o dall'imperatrice.

e) Non estingue la servitù il divenire il fondo serviente *res nullius*. La estingue invece il divenire *res nullius* il fondo dominante per derelizione del proprietario, il che è, a torto, controverso.

V'ha circa un modo di estinzione una divergenza tra le servitù rustiche ed urbane, alla quale si è già accennato. Le prime infatti, come si è detto, si estinguono per non uso; le seconde domandano inoltre che sia usucapita la libertà del fondo, tenendolo in condizione contraria a quella in cui dovrebbe essere per la servitù. Il tempo del non uso e rispettivamente dell'*usucapio libertatis* era di due anni secondo il diritto pregiustinianeo; di dieci o di venti rispettivamente tra presenti o assenti secondo il giustinianeo.[1] Si conserva la servitù coll'uso anche se terzi la esercitino, purchè coll'idea di esercitare il diritto competente al fondo.[2] Il tenere il fondo serviente in condizione contraria alla servitù giovava all'*usucapio libertatis*, purchè non si facesse ciò in via di precario. Sia per il non uso che per l'*usucapio libertatis* si ammette un'*accessio temporis*. L'impossibilità di usare non impediva la prescrizione; si riparava all'iniquità con *restitutio in integrum*. L'*usucapio libertatis* è nel diritto tardo interrotta dalla presentazione dell'*actio confessoria*.

---

[1] Sul computo del tempo se la servitù non può essere esercitata che ad intervalli v. l. 7, D. 8, 6, e l. 14, pr. C. 3, 34.

[2] Anche il possessore di m. f. del fondo dominante la conserva perciò coll'uso al fondo.

§ 105. — Azioni a tutela delle servitù e interdetti circa ad esse.

Azioni. Abolita la procedura per *legis actiones*, durante la quale si agiva a tutela delle servitù con *l. a. sacramento in rem,* il pretore propose nell'editto varie formule di azione per le principali e più antiche servitù; sul modello di queste venivano poi volta per volta costruite le formule per le nuove. Le azioni erano dirette a far riconoscere l'esistenza del diritto e perciò ciascuna, in antitesi alle negatorie, si chiamava *confessoria actio.*

Può essere attore chi ha diritto alla servitù, ossia il proprietario del fondo dominante; se il fondo è in comproprietà ogni comproprietario può agire da solo.[1] Troviamo però concessa la facoltà d'agire con azione utile anche all'enfiteuta, al creditore pignoratizio e, almeno in diritto giustinianeo, al superficiario. Se potesse agire l'usufruttuario è controverso per un'antinomia esistente nelle fonti.[2]

Può essere convenuto chiunque impedisca o turbi l'avente diritto nell'esercizio della servitù con una condotta in contrasto col diritto stesso; bastano atti preparatori; non basta una minaccia orale.

L'azione mira al riconoscimento del diritto, ad ottenere promessa di non essere più turbati nell'esercizio della servitù (*cautio de non amplius turbando*), al ristabilimento della condizione legittima di cose, se l'offesa si era tradotta in alterazioni nello stato materiale della cosa[3] e infine al rifacimento dei danni.[4]

---

[1] Dubbi sono gli effetti della perdita della lite in questo caso, se cioè la sentenza nuoccia o no agli altri condomini. Io propendo per l'opinione affermativa.

[2] Tra l. 1, pr. D. 7, 6 e l. 1, § 3, D. 43, 25: la seconda accorda all'usufruttuario la *vindicatio servitutis;* la prima gli permette di agire solo coll'azione confessoria a tutela dell'usufrutto.

[3] Il ristabilimento avea luogo a spese del convenuto se era egli l'autore dell'alterazione; altrimenti dovea soltanto tollerare che il ristabilimento fosse fatto dall'attore a sue spese.

[4] Sulle cauzioni che deve prestare il convenuto per stare in giudizio e sopra l'eventuale applicazione di un ipotetico interdetto *quam servitutem,* nel caso che non le presti, v. Lenel, *L'Edit.*, pag. 229 seg.

L'attore deve provare anzitutto che compete al fondo la servitù e inoltre che ha su di esso il diritto che lo legittima ad agire. Il trovarsi egli di fatto nel godimento della servitù non toglie che l'onere della prova cada su di lui.

Interdetti. Il pretore nell'interesse della pace pubblica protesse con interdetti chi avea di fatto esercitato certe servitù. Ciò facendo, riusciva a difender anche le servitù simili *iure constitutae.* Chi avea nell'anno precedente alla domanda dell'interdetto esercitata una servitù d'*iter,* d'*actus* o di *via, non vi non clam non precario* di fronte al convenuto, sia pur per breve tempo (i compilatori stabilirono: *non minus quam triginta diebus*),[1] è protetto coll'interdetto *de itinere actuque privato* nei limiti del modo nel quale la avea esercitata contro chi con fatti gli impedisse di continuare ad esercitarla; egli ottiene coll'interdetto una garanzia di non essere ulteriormente turbato; ma non anche il risarcimento dei danni. L'interdetto gli giova a questo fine goda o no del diritto di servitù. Un altro interdetto complementare, detto *de itinere reficiendo,* giova all'utente di una servitù di passaggio nella stessa ipotesi per riattare la strada, se ne sia impedito, purchè però goda del diritto di servitù.[2] Coll'*interdictum de aqua cottidiana* il pretore protegge chi avea esercitato nell'anno precedente non viziosamente, credendo di averne diritto, una servitù di condurre acqua ogni giorno; coll'interdetto *de aqua aestiva* chi avea esercitato *priore aestate* una servitù di condurre acqua nella sola estate.[3] Un altro interdetto *de rivis* serviva a non essere impediti nel riattamento e nella purgatura dell'acquedotto purchè non si conduca l'acqua diversamente da come si era fatto *priore aestate.*

---

[1] Ritengo infatti questa frase interpolata in l. 1, § 2, D. 43, 19. Nella stessa legge al § 1 sono altre interpolazioni o glossemi (*privato-vel via*).

[2] Su questa anomalia di esigere l'esistenza del diritto in materia d'interdetti circa le servitù v. PERNICE, *Parerga VI* nella *Z.*, d. S. S. XVII, pag. 203.

[3] Vedi per l'applicazione dell'interdetto circa al requisito *priore aestate* l. 1, §§ 32-37, D. 43, 20.

Per le servitù d'*haustus* e *pecoris adpulsus* si aveano speciali interdetti *de fonte* e *de fonte reficiendo*. La più forte protezione interdittale era accordata all'esercizio di una servitù di cloaca; poichè bastava al suo esercizio aver una cloaca da un fondo per un altro, anche se viziosamente dall'avversario.

Oltre a questa protezione speciale interdittale per certe servitù, era in blocco protetto l'esercizio di tutte le servitù, che si esercitano tenendo il fondo dominante in un certo stato, dai consueti interdetti possessorii.

CAPO V.

I DIRITTI PERSONALI SU COSA ALTRUI.

§ 106. — L'usufrutto.

V'ha diritti sulla cosa altrui che sorsero per soddisfare ai bisogni di una determinata persona e che perciò non possono durare oltre la vita di questa. Di qui il nome che abbiamo dato loro. Il principale tra essi è l'usufrutto.[1]

[1] I classici definiscono l'usufrutto per *ius alienis rebus utendi fruendi;* nella compilazione si soggiunge: *salva rerum substantia*. I più sulla base di codesta definizione distinguono due poteri dell'usufruttuario, quello di «usare» della cosa (*uti*) e di «goderne i frutti» (*frui*). *Uti frui* è invece uno dei soliti binomi verbali, dove le due parole indicano un'unica cosa; *uti frui* indica la facoltà di disposizione generale di una cosa attribuita a chi non ne è proprietario. Il limite alla disposizione generale è dato dal concetto che la si ha su cosa altrui. Perciò *usus fructus* si trova ad es. in Gaio 2, 7 ad indicare la proprietà sui fondi provinciali; e nelle leggi, insieme ad *habere possidere,* ad indicare il pieno godimento dell'agro pubblico (*lex agr.*, cap. 5, 9, 32. *Lex Antonia de Thermessibus,* lin. 16). — L'usufrutto sorse verso la fine del 6° secolo di Roma, come un modo di permettere dopo la nostra morte ad alcuno (la vedova anzitutto) di continuare a godere come ne avea goduto in nostra vita di cose, che volevamo però riservate in proprietà ai nostri eredi o legatarii. Esso, se non ha carattere alimentare (può infatti procurare ben oltre che gli alimenti nel senso più lato del termine), ha scopo, alle origini, alimentare. Questo scopo andò via via diventando solo ordinario,

L'usufrutto è una proprietà interinale competente ad una persona su di una cosa, di cui altri ha la proprietà perpetua, o che è *nullius in commercio*, ond'essa ne goda secondo la sua essenziale destinazione senza distruggerla nè menomarne il valore d'uso. Il dovere di rispettare la destinazione della cosa deriva dallo scopo originario dell'usufrutto; gli altri limiti alla disposizione dalla necessità di assicurare che al cessare dell'usufrutto la cosa torni al proprietario perpetuo come sarebbe se fosse stata sempre in una buona amministrazione presso di lui. Queste le idee fondamentali regolatrici del nostro istituto.

La natura di proprietà interinale dell'usufrutto si manifesta nei principii seguenti. Esso può cadere su di ogni cosa corporale mobile ed immobile anche se sia infruttifera, purchè non sia consumabile. Costituito su di una cosa, colpisce anche le sue accessioni.[1] È diritto divisibile al pari del dominio e può quindi sulla stessa cosa spettare a più persone per parti ideali. Estinguendosi la parte spettante ad una tra queste, essa accresce alle altre parti. L'usufruttuario ha il diritto di usare della cosa in persona, come di concederne l'uso ad altri.[2] Gli spettano non solo i frutti della cosa in senso stretto, ma tutti i suoi redditi;[3] ciò che non entra nel concetto

---

quando l'usufrutto si potè costituire, invece che soltanto per legato, come in antico, anche per atto tra vivi e a favore persino di persone giuridiche. — L'aver dovuto i Romani concepire l'usufrutto come diritto sulla cosa altrui (il concetto di proprietà successive era ad essi estraneo) importò che in qualche punto essi non traessero dalla natura di proprietà interinale dell'usufrutto tutte le sue conseguenze; v'ha qualche norma che non si conviene a codesta natura. Ma qui più che mai è il caso di dire che l'eccezione conferma la regola.

[1] Ma non, come si vide, l'*insula in flumine nata* che costituisce un *proprius fundus* (l. 9, § 4, D. 7, 1). Costituito su di un fondo l'usufrutto colpisce anche le sue pertinenze.

[2] È possibile che coesista su di una cosa l'usufrutto di uno e l'*usus* di un altro. Era però invalido il legato di *fructus deducto usu*, perchè la formulazione del legato pareva importare l'esclusione di ogni facoltà di usare, e senza una qualche facoltà simile non è possibile il *frui*.

[3] Fu in vista dell'usufrutto che i Romani ampliarono il concetto di *fructus* nel modo veduto al § 72.

di reddito spetta invece al proprietario.[1] Può godere dei redditi o in persona o costituendo dei rapporti di credito per cui altri acquisti diritto ad averli (ad es. locando la cosa in usufrutto). I frutti naturali ancora pendenti alla fine dell'usufrutto spettano al proprietario, anche se sono maturi, nè l'usufruttuario può pretendere risarcimento delle spese fatte per produrli. I frutti civili vengono divisi tra il proprietario e l'usufruttuario in rapporto alla durata dell'usufrutto.[2] L'usufruttuario gode della facoltà di modificare lo stato della cosa, eseguendovi opere sia necessarie che utili nei limiti dell'*arbitratus boni viri*. La sua qualità di proprietario interinale si palesa specialmente nella sempre più lata concessione fattagli di certe azioni. È probabile che in questo riguardo lo sviluppo maggiore sia dovuto a Giustiniano.[3] L'usufruttuario nel diritto classico non ha il possesso, ma la mera detenzione della cosa. Può però esercitare gli interdetti possessorii come utili col che in sostanza è ancora pareggiato a un proprietario.[4]

---

[1] Ad es. il parto dell'ancella, le piante divelte dal vento, il tesoro trovato nel fondo.

[2] Le fonti contengono norme particolari intorno all'usufrutto di certe cose. Sull'usufrutto del servo si parlò a pag. 151. Qui aggiungiamo solo che se il servo intestò un acquisto *ex re* dell'usufruttuario al proprietario, l'acquisto si verifica bensì a favore del proprietario, ma questi è tenuto in forza di una *condictio* a restituirlo all'usufruttuario. Non si verifica invece acquisto dell'usufruttuario nel caso inverso. Dell'usufrutto del gregge si parlò a pag. 442, n. 2. Va aggiunto solo che non sono compresi tra i frutti del gregge la pelle o la carne degli animali morti. L'usufruttuario di una foresta ha il diritto di farvi legna, conservandone la produttività, e alle ghiande, all'erba, ai frutti di essa. Dei singoli alberi che si trovino nel fondo in usufrutto l'usufruttuario non può giovarsi che in quanto occorre ai bisogni del fondo.

[3] Le azioni che vengono qui in considerazione sono l'*a. finium regundorum, communi dividundo, ad exhibendum, legis aquiliae, de servo corrupto, aquae pluviae arcendae, l'interdictum quod legatorum*. Uno sviluppo storico analogo si nota anche circa alle azioni date contro l'usufruttuario.

[4] Fino all'età di Cicerone, come pare, godeva invece degli interdetti possessorii come diretti; era cioè ritenuto possessore. Il suo pareggiamento a un proprietario era così più evidente. Sopra un altro punto il diritto classico si distaccò e con maggior forza dal concetto

Il proprietario può fare della cosa tutto ciò che non sia in contraddizione colla proprietà interinale dell'usufruttuario: può alienarla e ipotecarla; può acquistarle servitù; ma non può neppure col consenso dell'usufruttuario imporvene di nuove, se deteriorino la condizione del fondo;[1] non può neppure rinunciare a servitù spettanti al fondo.[2]

Il proprietario ha a tutela della sua aspettativa che la cosa gli sia resa in buono stato varie azioni sperimentali durante l'usufrutto.[3] Ma essendo esse insufficienti allo scopo,[4] il pretore impose all'usufruttuario di fare una stipulazione a favore del domino così concepita da assicurare pienamente il proprietario (*cautio fructuaria*).[5]

---

d'usufrutto come proprietà interinale: in antico si ammetteva che l'usufruttuario acquistasse i frutti colla separazione; in seguito di tempo si collegò l'acquisto alla percezione.

[1] Può quindi accordare una *servitus altius non tollendi,* non una servitù di passaggio.

[2] Troviamo ammesso però *favore religionis* che col consenso dell'usufruttuario il proprietario possa rendere religiosa una parte del fondo.

[3] Interdetti possessorii, *actio legis Aquiliae* per danni recati alla cosa con atti positivi, azione negatoria, interdetto *quod vi aut clam fructuum nomine, a. iniuriarum,* ecc. e la *rei vindicatio* finito l'usufrutto. Per alcuni godeva anche di un'azione arbitraria per la conservazione della cosa, colla quale otteneva persino che l'esercizio dell'usufrutto cessasse, se la cosa non era trattata convenientemente dall'usufruttuario; ad es. se questi non riparava l'edificio.

[4] Ad es. perchè l'*actio legis Aquiliae* non serviva nel caso di danno dato dall'usufruttuario con omissioni, o perchè l'ipotetica azione arbitraria era inapplicabile nel caso di minori trascuranze.

[5] Il pretore la prescrisse prima nel caso di usufrutto legato; poi qualunque fosse il modo di costituzione. Normalmente era data con garanti; questi non erano richiesti nel caso d'usufrutto legale del padre e di un donatore di una cosa che si riservi l'usufrutto. Era concepita così: *cuius rei usus fructus testamento Lucii Titii tibi legatus est, ea re boni viri arbitratu usurum fuiturum te et, cum usus fructus ad te pertinere desinet, id quod inde extabit restituturum iri dolumque malum abesse abfuturumque esse spondesne? spondeo.* Finchè la cauzione non fosse prestata, il pretore negava la confessoria all'usufruttuario per avere la cosa. Se questa gli era stata data senza la cauzione, il proprietario potea rivendicarla. Giustiniano accordò al proprietario una *condictio* per farsi prestare la cauzione. Si potea liberare l'usufruttuario dall'obbligo di dar cauzione costituendo l'usufrutto per atto tra vivi; non costituendolo per atto di ultima

La giurisprudenza si giovò di questa stipulazione per regolare i rapporti fra proprietario ed usufruttuario in modo migliore di quello concesso dagli altri mezzi giuridici e in particolare dall'*officium iudicis* in occasione della domanda di restituzione della cosa finito l'usufrutto e anche qui inspirandosi al concetto fondamentale da noi sostenuto del rapporto. Per la *cautio* l'usufruttuario fu tenuto responsabile del buon mantenimento dello stato materiale e giuridico[1] della cosa, mantenimento le spese del quale incombevano a lui se erano ordinarie (tali erano ad esempio quelle per piccole riparazioni agli edifici), al proprietario se erano straordinarie. Egli dovea anche sostenere i pesi gravanti sulla cosa; così dovea pagare i tributi, fare le altre prestazioni pubbliche connesse al godimento della cosa, somministrare gli alimenti alla prestazione dei quali la cosa era vincolata; e in mancanza di disposizione contraria, anche pagare gli interessi del debito per il quale la cosa era in ipoteca.

Finito l'usufrutto, la cosa va restituita con tutte le sue pertinenze. La restituzione si fa in base ad un inventario, che si redigeva fra le parti all'atto della consegna.

Lo scopo alimentare dell'usufrutto importava che esso non potesse estendersi oltre la vita dell'usufruttuario e che non potesse essere alienato. Era ammesso soltanto provvedere onde, se l'usufruttuario lo perdeva, lo potesse ricuperare.[2] Soltanto Giustiniano ammise l'ereditabilità dell'usufrutto, se era stato costituito a favore dell'usufruttuario e dei suoi eredi.[3]

---

volontà. Qualora il proprietario alienasse la cosa, la stipulazione dovea essere ripetuta a favore del nuovo proprietario. Oltre che al proprietario la cauzione andava prestata a chiunque in genere, finito l'usufrutto, può pretendere la restituzione della cosa; così ad esempio va prestata a colui a cui la cosa fosse stata legata *sub condicione*.

[1] Ad es. l'usufruttuario dovea impedire che le servitù spettanti al fondo si estinguessero per non uso, non dovea lasciar usucapire la cosa, ecc.

[2] Ad es. il testatore lasciava l'usufrutto e aggiungeva: *quotiensque capite minutus erit ei lego*. Si avea in tal caso più legati e più usufrutti successivi.

[3] In l. 5, pr. D. 7, 4, sono interpolate le parole: *nisi forte heredibus legaverit*. La l. 14, C. 3, 33, tratta di una questione derivante

Il diritto romano, tenendo ferma l'inalienabilità dell'usufrutto, ammise tuttavia che si potesse cederne a terzi l'esercizio. La cessione avea luogo locando l'usufrutto, vendendolo o donandolo. L'esercizio è anche oppignorabile. Il regolamento dottrinale e pratico dell'usufrutto ceduto in esercizio non risulta ben chiaro dalle nostre fonti.

Un senatusconsulto di data e di nome ignoto (si suppone da taluno che sia stato fatto sotto Augusto o Tiberio) ammise che si potesse legare l'usufrutto di tutte le cose *quas in cuiusque patrimonio esse constaret.* Con ciò la giurisprudenza anzi tutto intese che fosse ammessa la costituzione per legato di un usufrutto su cose *quae usu tolluntur vel minuuntur.* Siccome però il senatusconsulto non potea eliminare il fatto che non è possibile godere, come proprietari interinali, di cose che col godimento loro si distruggono o si deteriorano, così la giurisprudenza riconobbe che dal legato non potea sorgere un vero usufrutto; sorgeva invece questa situazione giuridica: il legatario riceveva dall'erede in proprietà definitiva la cosa, ma era tenuto a rendere *tantundem eiusdem generis,* se la cosa era fungibile, o in ogni caso una somma equivalente di danaro, sia per *condictio,* sia per una speciale *cautio* detta *cautio senatusconsulti* diversa dalla *cautio usufructuaria.*[1] Si ebbe in tal modo il cosiddetto « quasi usufrutto. » Una più larga interpretazione del senatusconsulto e più coerente ai suoi termini permise poi la costituzione di un quasi usufrutto sui crediti, su di un intero patrimonio. Il quasi usufrutto diventò così possibile sopra ogni bene, il godimento del quale sia cedibile ad altri; dove fosse incerto per la natura della cosa (es. le vesti che coll'uso

---

solo dal modo di formulazione del lascito; chi ammetteva valido il legato della cosa a Tizio *quatenus usufructus apud heredem maneret,* riteneva che usufruttuario fosse solo il primo erede e non l'erede dell'erede all'infinito. Se Giustiniano abbia limitato l'ereditabilità dell'usufrutto al prossimo erede o agli eredi all'infinito è questione che le fonti non permettono di decidere.

[1] Diversa perchè tanto la promessa di usare *boni viri arbitratu* che di restituire *id quod inde extabit* non poteva esigersi dal momento che il quasi usufrutto su cose consumabili importa possibile distruzione della cosa.

si logorano) se era legato l'usufrutto o il quasi usufrutto vinceva l'intenzione del costituente. Ma dove il bene non era cedibile, ivi il quasi usufrutto restava escluso.[1] Il quasi usufrutto non risulta costituibile dalle fonti se non per legato.

§ 107. — Uso, abitazione, opere dei servi e degli animali.

Uso. L'uso è un diritto personale su cosa altrui sorto posteriormente all'usufrutto. Comprendeva originariamente il solo diritto di usare personalmente, secondo la sua destinazione, di una cosa, non quello di ammettere altri all'uso di essa o di goderne i frutti. Avea scopo non soltanto alimentare, ma di carità. Agli inizi della giurisprudenza classica troviamo però concesse all'usuario delle facoltà che eccedono il concetto originario e v'ha sentenze nelle nostre fonti per le quali vi fu chi sostenne esser divenuto il diritto d'uso un usufrutto limitato al bisogno personale del titolare. Per noi il contenuto principale ed essenziale del diritto rimase sempre la facoltà di usare; questa fu, per un processo evolutivo, che si accentua, ma non si inizia, con Giustiniano, ampliata con un diritto di appropriazione dei frutti tenuto nei limiti della probabile intenzione del costituente e della tentazione provata dal titolare in forza del bisogno personale e del contatto colla cosa di eccedere l'uso. In sostanza si concesse all'usuario ciò che non concesso egli si sarebbe preso, sfuggendo in linea di fatto nella maggior parte dei casi a responsabilità.[2] L'usuario è

[1] Si connette a questo principio il motto dei giuristi: *fructus servitutis esse non potest;* con cui dichiarano non essere possibile legare l'usufrutto di una servitù prediale, in ragione della inalienabilità sia del diritto stesso di servitù che del suo esercizio. Motto, il quale riprodotto per errore di scrittura nella l. 33, § 1, D. 8, 3, nella forma: *servitus servitutis esse non potest* fece per lungo tempo credere all'esistenza di una regola, secondo la quale non potea costituirsi servitù su servitù. V. sull'argomento il mio lavoro *Fructus servitutis*, ecc. nel *Bullettino dell' Ist. di d. rom.*, anno VI, pag. 1 segg.

[2] Già i primi classici ammettevano che, concesso l'uso di una casa (il primo caso d'uso rimasto sempre il normale), l'usuario potesse

tenuto a dar cauzione come l'usufruttuario. L'uso di cose consumabili è un quasi usufrutto.

Abitazione. È un tipo di diritto reale introdotto da Giustiniano, che importava il diritto di abitare e di locare la casa e che non si estingueva per la *capitis deminutio* del titolare, nè per non uso.[1]

Opere dei servi e degli animali. Nelle fonti più che una figura di diritto reale con questo nome appare

---

non solo abitarvi lui, ma farvi abitare con lui il coniuge, i servi, i liberti, gli ospiti. Così si andava oltre l'uso personale. Gli stessi classici concedeano all'usuario di trarre dal fondo legna, frutta, fiori, erbaggi, ortaggi, strame, sarmenti per l'uso quotidiano, purchè si consumassero sul posto. Così si ammetteva un qualche diritto ai frutti. Ciò posto sarà, come fu sostenuto con grande abilità (V. Riccobono, *Sull'usus* negli *Studi pubblicati in onore di V. Scialoia* pag. 581 segg.), un principio del tutto nuovo giustinianeo la norma che l'usuario possa godere anche delle foglie, dell'olio, del frumento, dei legumi *quod ad victum sibi suisque sufficiat?* Perchè l'imperatore (v. la l. 12, § 1, D. 7, 8) avrebbe attribuito l'innovazione a Sabino, Cassio, Labeone e Proculo? Nella compilazione troviamo ammesso che l'usuario può locare una parte della casa, purchè nel resto abiti lui; che può, se ha l'uso di un gregge, usare di poco latte; che i prodotti menzionati del fondo può anche venderli; che se ha l'uso di un servo può rimettergli le opere per mercede. A proposito di questo caso d'uso ricordiamo che l'usuario acquista per mezzo del servo solo *ex re.*

[1] I Romani soleano fare dei legati in questi termini: *usum fructum habitationis — usum habitationis — domus usum fructum habitandi causa — habitationem do lego.* Si disputava se contenevano un legato d'uso, o d'usufrutto, o persino di dominio della casa. L'ultimo dubbio pare che non abbia preso consistenza. Delle altre due possibili interpretazioni Papiniano (in l. 10, pr. D. 7, 8 *paene* è interpolato) accolse la prima e questa dev'essere stata l'opinione comune tra i giuristi. Marcello (se nel § 5, I, 2, 5 è riferito esattamente il suo parere. V. Riccobono, op. cit., pag. 589, n. 3) accoglieva la seconda e quindi (l'importanza pratica della questione stava tutta qui) accordava al legatario la facoltà di locare la casa che gli altri giuristi negavano. Giustiniano colla l. 13, pr. C. 3, 33, dove riferisce i tre pareri, più un quarto da lui inventato che il legato concedesse un diritto che non era nè l'uso, nè l'usufrutto, elevò l'*habitatio* a diritto a sè (*ius proprium et specialem naturam sortita est habitatio*). L'inefficacia estintiva del non uso e della *capitis deminutio* è affermata in un'interpolazione della l. 10, pr. D. 7, 8, che va da *heredem* alla fine del testo. Così pure è interpolato *vel si habitatio legetur* in l. 10, D. 4, 5.

un proposito giustinianeo di costruirla come una sottospecie dell'*usus*. Certo Giustiniano non vi diede la determinazione data all'abitazione. Il diritto alle opere in discorso non si estingueva per non uso, nè per *capitis deminutio*.[1]-[2]

I diritti personali su cosa altrui furono da Giustiniano parificati alle servitù e chiamati *servitutes personarum*, per distinguerli dalle antiche *servitutes praediorum*. Egli vedeva anche in essi delle soggezioni di una cosa soltanto a beneficio di una persona, anzi che di un fondo. Non fu una felice innovazione, dal momento che l'uguaglianza del nome inganna circa la sostanziale diversità, che perdura tra le due specie di diritti; nè si sa vedere perchè non si possano allora chiamar *servitutes* anche gli altri *iura in re aliena*. A ogni modo il nome di « servitù personali » fu ed è tuttora accolto dalla scienza, benchè sia opportunamente sostituibile con quello da cui abbiamo intitolato questo capo.

---

[1] I Romani solevano legare le opere di un servo. Che cosa era legato? Per alcuni giuristi non un diritto sul servo (altrimenti avrebbe dovuto dirsi invalido lo stesso legato, se, come pure usava, avea per oggetto le opere di un libero), ma un diritto di credito a godere personalmente delle opere e a locarle, che passava perciò agli eredi e che non si estingueva colla *capitis deminutio* e per non uso. Giuliano riteneva che fosse legato l'uso del servo. Nelle fonti sono espresse ambedue queste opinioni, e si trova un titolo *de operis servorum*, da cui si desume il proposito di cui parliamo nel testo, proposito che è più manifesto in un testo tutto interpolato (l. 5, § 3, D. 7, 9) ove s'incontra (ed è l'unica volta in cui si parli nelle fonti di opere degli animali) a lato di *operae hominis* la frase *vel cuius alterius animalis*. L'inefficacia estintiva dei fatti accennati Giustiniano la desunse dalla regola relativa agli antichi legati di credito alle opere. — I titolari sia dell'abitazione che delle opere devono dar cauzione.

[2] In base a certi testi si è ammessa da alcuni scrittori l'esistenza di servitù irregolari o miste così chiamate in quanto sarebbero facoltà di godimento limitate, che hanno normalmente per contenuto quello di una servitù, ma spettanti anche a chi non ha un fondo ed esercibili solo in ogni caso dalla persona del concessionario. All'esistenza di simili diritti che terrebbero della servitù e dell'usufrutto e che si dovrebbero concepire come usufrutto o uso limitato non si deve prestar fede per il diritto classico nè per il giustinianeo.

§ 108. — Modi di costituzione e cause di estinzione dei diritti personali su cosa altrui.

I modi di costituzione dell'usufrutto sono gli stessi delle servitù urbane, colle quali ha comune la natura di *res nec mancipi.*[1] Inoltre l'usufrutto può in certi casi derivare dalla legge.[2] Il quasi usufrutto potea costituirsi soltanto per legato; dicasi lo stesso delle opere dei servi e degli animali. Almeno praticamente soltanto per legato si costituiva anche l'*usus.*

L'usufrutto si estingueva in diritto classico col restituirlo al proprietario mediante *in iure cessio.* Non si estingueva se era ceduto *in iure* ad estranei.[3] Giustiniano diede efficacia estintiva alla convenzione (la *in iure cessio* era abolita) con cui si cedeva l'usufrutto ad estranei e quindi dobbiamo ritenere che abbia dato la stessa efficacia anche ad una rinuncia unilaterale non formale.

L'usufrutto si estingue ancora coll'estinzione della cosa su cui grava; con la *mutatio rei*, cioè col subire la cosa una alterazione per cui non può più dirsi la stessa di prima[4] e col divenire la cosa *extra commercium.* L'usufrutto

---

[1] L'usufrutto fu costituibile per *in iure cessio*, perchè come *pars rei* era diritto rivendicabile.

[2] Il caso principale è l'usufrutto del padre sui beni avventizi del figlio.

[3] Nella l. 66, D. 23, 3, da cui risulterebbe il contrario, sono interpolatizie le frasi *id est.... non habeat — sed ad dominum... usumfructum.* Se il proprietario alienava la cosa col consenso dell'usufruttuario, l'usufrutto perdurava, ma l'acquirente potea opporre alla *vindicatio usus fructus* una *exceptio doli.*

[4] Così, ad es., se sul terreno in usufrutto si erige un edificio, o se esso si muta in una palude; se l'edificio usufruttuario crolla; se il gregge usufruttuario si riduce a così pochi animali da non poter essere più gregge, ecc. La ragione del principio sta nella funzione dell'usufrutto di procurare all'usufruttuario il godimento della cosa secondo la sua attuale destinazione. Colla *mutatio* la destinazione attuale cessa. Solo nel caso di usufrutto di un patrimonio la *mutatio* di una delle cose comprese in esso non lo estingue; ciò perchè l'usufrutto è del patrimonio e non della cosa; v. l. 34, § 2, D. 7, 1, dove del resto forse da *quoniam* in poi si ha un'interpolazione.

sul servo cessa se questi diviene libero in diritto antegiustinianeo; in diritto giustinianeo, se il servo è manomesso dal proprietario e dall'usufruttuario *consentientes;*[1] l'usufrutto su di una *fera bestia* cessa col ritorno di questa in naturale libertà. Sul caso di estinzione dell'usufrutto per l'estinzione del titolare si è già parlato al § 106.[2] In diritto classico la regola valeva anche se il titolare era (ciò che fu ammesso soltanto in età tarda e forse solo nel diritto pretorio) una persona giuridica. Giustiniano prescrisse che l'usufrutto a favore di una persona simile si estinguesse dopo cent'anni da che era stato costituito Equivale alla morte del titolare ogni sua *capitis deminutio* in diritto classico; in diritto giustinianeo solo la massima e media. L'usufrutto cessa infine col giungere del termine *ad quem* o coll'avverarsi della condizione risolutiva sotto i quali fosse stato eventualmente costituito,[3] col suo riunirsi alla proprietà (*consolidatio*), col non usarne per un anno se cade sopra mobili, per due se cade sopra immobili, in diritto classico, e per dieci anni fra presenti o venti fra assenti, senza distinguere tra mobili o immobili in diritto giustinianeo.[4]

Queste cause di estinzione valgono anche per gli altri diritti personali su cosa altrui; salvo che, come si avvertì, l'abitazione e le opere dei servi non si estinguono per non uso e per nessuna *capitis deminutio.*

---

[1] L. 1, C. 7, 15. V. il § 26.

[2] Se l'usufrutto è ereditabile, in capo all'erede comincia un nuovo usufrutto.

[3] Potea sempre costituirsi con tali modalità, come pure sotto termine *a quo* o condizione sospensiva, dove non ostasse la natura dell'atto di costituzione.

[4] Si ritiene esercitato l'usufrutto anche se ne sia stato venduto l'esercizio, lo eserciti il cessionario o no, *quia qui pretio fruitur, non minus habere intellegitur quam qui principali re utitur fruitur* (l. 39, D. 7, 1). Invece non si ritiene esercitato, tanto se se ne locò o donò l'esercizio, che se il locatore o il conduttore lo esercitino.

§ 109. — Azioni e interdetti a tutela dei diritti personali su cosa altrui.

Durante la procedura per *legis actiones* si agiva per l'usufrutto con *legis actio sacramento in rem;*[1] durante la procedura formulare mediante azione confessoria. Questa era modellata sulla *rei vindicatio* se si dirigeva contro il detentore della cosa usufruttuaria, sulla negatoria se era intentata dall'usufruttuario detentore contro chi lo turbasse nell'esercizio dell'usufrutto.[2]

Per gli altri diritti personali su cosa altrui si agiva con un'azione ad esempio di quella per l'usufrutto.

Quando l'usufrutto fosse stato semplicemente tradito *ex iusta causa* (*a domino* o *non a domino* nel diritto classico, nella seconda ipotesi soltanto in diritto giustinianeo), competeva a chi ne avea ricevuto tradizione, per il pareggiamento già accennato della *traditio usus fructus* ad una *traditio rei,* la confessoria publiciana.[3]

Gli interdetti possessorii utili competenti, come si disse, all'usufruttuario, competono per analogia all'usuario e a chi ha l'*habitatio.*

---

[1] Lo contesta il KARLOWA, *röm. Rechtg.,* II, pag. 585 segg.: ma sia il parlarsi di *vindicatio usus fructus* sia la sua costituibilità per *in iure cessio* stanno per la nostra opinione.

[2] Poteva agire l'usufruttuario come colui, a cui era stato ceduto l'esercizio dell'usufrutto: l'azione era sperimentabile non solo contro il detentore della cosa usufruttuaria, ma anche contro chi *dolo desiit possidere* o *liti se obtulit.* Il convenuto detentore godea dell'*auctoris laudatio.* Dovea dar cauzione all'attore che, soccombendo, lo avrebbe risarcito dei frutti e degli altri vantaggi ottenuti durante il processo; altrimenti l'attore era mediante l'*interdictum quem usumfructum* immesso nel possesso della cosa, a condizione che a sua volta egli desse cauzione al convenuto, che, se questi poi gli contestasse il suo diritto e riuscisse vincitore, lo avrebbe risarcito di ciò che avea perduto nel frattempo. L'azione era arbitraria, e il giudice potea prescrivere una *cautio de non amplius turbando.*

[3] Probabilmente ci si giovò anche qui del concetto che l'usufrutto è *pars rei* e così si vinse la difficoltà derivante dall'inusucapibilità dell'usufrutto.

CAPO VI.

SUPERFICIE ED ENFITEUSI.

§ 110. — Superficie.

Il diritto di superficie è un diritto reale ereditabile ed alienabile di costruire sul fondo altrui, scoperto o fabbricato, un edificio e di godere di questo pienamente dietro il pagamento di un annuo corrispettivo.[1]

In diritto giustinianeo sorgeva per legato e tra vivi, è discusso se per tradizione o se, come all'età classica, per mera convenzione. Sorto, è trasmissibile per eredità, legato e, tra vivi, per tradizione; con esso si trasmette l'ob-

---

[1] Lo sviluppo storico dell'istituto ci è noto. Lo Stato romano nell'età repubblicana incominciò a permettere con atto unilaterale a privati di fabbricare su aree di sua proprietà e di godere a titolo di locazione per lungo tempo o per sempre dell'edificio eretto. Per il principio che *superficies solo cedit* il concessionario non era che un utente di cosa pubblica e come tale era protetto mediante l'*interdictum de loco publico fruendo.* Gli era imposto di pagare a titolo di compenso un corrispettivo annuo (*solarium, pensio*) allo Stato. Quest'obbligo era un elemento essenziale del rapporto. Nulla impediva però che l'autorità pubblica deliberasse di rinunciare a far valere il suo diritto ad avere il *solarium* stabilito (C. I. L. 1783). Oltre allo Stato, fecero in seguito identiche concessioni i comuni e infine i privati. Nell'ultimo caso la concessione risultava da un contratto di locazione-conduzione. Il diritto era trasmissibile nei modi indicati nel testo. Solo quando il rapporto fosse costituito tra privati, esso prendeva il nome di *superficies.* Non bastando ora in quest'ipotesi a tutelare il concessionario le azioni personali fra lui e il *dominus soli,* il pretore accordò sia al concessionario che agli aventi causa da lui un interdetto speciale, detto *de superficiebus* modellato sull'*uti possidetis,* col quale chi godeva dell'edificio *ex lege locationis,* al momento dell'emanazione dell'interdetto, *nec vi nec clam nec precario ab altero,* era mantenuto nel suo godimento. Dietro *causae cognitio,* in cui fosse constatata la lunga durata della locazione, il pretore accordava al superficiario anche azioni. È dubbio però se già nell'età classica fossero applicate alla superficie tutte le azioni che vi sono applicate nell'età giustinianea (*actio in factum* analoga alla *rei vindicatio,* ed *exceptio in factum* contro il dominio rivendicante, *interdictum unde vi, quod vi aut clam, publiciana, confessoria* per le servitù e per l'usufrutto e l'uso costituiti dal superficiario, *operis novi nunciatio, cautio damni infecti, actio communi dividundo* e *familiae erciscundae*), per le quali il diritto di superficie diveniva quale lo descriviamo nel testo.

bligo di pagare il corrispettivo (*solarium*) al concedente e ai suoi successori nella proprietà del fondo.[1]

Il superficiario può usare personalmente dell'edificio o darlo in godimento ad altri, anche costituendo dei diritti personali su cosa altrui su di esso; può gravarlo di servitù, di ipoteche; può acquistargli servitù, alterarlo, distruggerlo.[2]

Il diritto di superficie che sia stato costituito sotto condizione o termine risolutivi si estingue all'avverarsi di quella, al giungere di questo. Altrimenti si estingue per cause generali o rinuncia accettata dal domino.[3]

§ 111. — **Enfiteusi.**

L'enfiteusi è un istituto le cui origini risalgono all'età repubblicana e la cui evoluzione si compie nell'impero cristiano avanzato.

Essa deriva da varie forme e casi di locazioni a lunghissimo termine o a perpetuità, e sono l'*ager vectigalis* sui fondi dello Stato e dei comuni, forse anche di alcuni collegi sacerdotali,[4] l'*ius perpetuum* e l'*ius emphyteu-*

---

[1] È controverso se quest'obbligo sia inerente alla cosa, così che il successore subentri nell'obbligo stesso anche per gli arretrati dovuti dal suo autore, o se sia un obbligo personale, così che il successore deva il solario solo per il tempo del suo godimento.

[2] Il diritto di superficie è dunque una proprietà, perchè importa libertà d'azione verso la cosa. È però una proprietà vincolata per l'obbligo di pagare il *solarium*, e che può essere interinale ove sia costituito a termine. La libertà d'azione è inoltre limitata non rispetto all'edificio costruito sull'altrui, ma rispetto all'area o all'edificio altrui su cui va costruito, dei quali il superficiario non dispone che per la costruzione. I Romani tuttavia, per il motivo veduto trattando dell'usufrutto, non vedono anche nel nostro istituto che un *ius in re aliena*.

[3] V'ha chi ritiene che si estinguesse anche per mancato pagamento del solario per due anni. Certo non si estingueva per la demolizione o il crollo dell'edificio perchè il superficiario può costruirne un altro. La *superficies* è già anzitutto diritto di costruire.

[4] Questi enti già durante la repubblica locavano i loro fondi a patto che, finchè fosse pagata la mercede, *neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur* (Gaio, 3, 145), cioè dunque a perpetuità. Presso i gromatici si parla di locazioni *in annos centenos pluresve* (col *pluresve* si accenna a locazioni perpetue), ma la loca-

ticum sui fondi imperiali.[1] Le tre forme furono in processo di tempo estese a tutte le specie di fondi, applicando la prima anche a fondi privati; le due ultime a fondi, pubblici o privati, non imperiali. Si eliminarono anche altre differenze tra loro, e prima quelle sussistenti tra le due ultime, le quali vennero così a costituire una figura unica

---

zione per cent' anni dovea essere rara. In ogni caso era trattata come la locazione a perpetuità. È bene avvertire che i gromatici danno il nome di *ager vectigalis* ad ogni fondo locato anche per il solito termine di cinque anni. Le locazioni perpetue per parte dello Stato aveano luogo nell'età classica solo in provincia. Erano locati a perpetuità normalmente solo terreni incolti; e lo scopo dell'istituto era di agevolarne la messa in cultura assicurando il coltivatore, mediante la perpetuità della locazione, che avrebbe tratto vantaggio dai capitali impiegati a far ciò. Si trattava normalmente durante la repubblica di piccoli fondi; durante l'impero di latifondi locati a grandi imprenditori. Qualche incerta traccia (C. I. L. 10, 583; 9, 136) accennerebbe a locazioni perpetue anche per parte di privati e non solo in provincia, ma in Italia. Forse il conduttore pagava per ottenere la locazione perpetua anche una somma per una volta tanto. Non vi è traccia di un obbligo di mettere in cultura i fondi. Il *vectigal* era almeno nell'età classica pagato sempre in danaro. Si discusse fra i giuristi se in questo caso si avesse una locazione o una vendita. Prevalse la prima opinione. La situazione del conduttore fu tuttavia parificata a quella di un proprietario nei limiti che vedremo trattando nel testo dell'enfiteusi, in considerazione della durata del suo diritto e degli scopi pubblici dell'istituto. Il pretore cooperò in questo colla giurisprudenza, ma pur qui vanno fatte delle riserve circa al punto se ed in quanto nell'età classica fosse fatta al possessore dell'*ager vectigalis* la situazione che ha l'enfiteuta nel diritto ultimo.

[1] L'*ius perpetuum* e l'*ius emphyteuticum* erano lo stesso diritto che abbiamo descritto sotto il nome di *ager vectigalis* ma conferito rispettivamente a perpetuità su fondi appartenenti alla *res privata* imperiale, ossia ai beni della corona, tra i quali nell'età postclassica erano tutti i fondi dello Stato, oppure a tempo, per quanto questo fosse lungo, su *fundi patrimoniales*, ossia appartenenti al patrimonio della famiglia imperiale regnante. L'*ius perpetuum* non poteva essere sottratto che per disposizione imperiale. L'*ius emphyteuticum* cessava allo spirare del termine stabilito. Quello si comperava; questo no. All'enfiteuta s'imponevano anche obblighi di coltivazione che non s'imponevano al perpetuario; di qui il nome di *emphyteusis* (da φυτεύω pianto). Una disposizione di Valentiniano (a. 364) ordinava che gli enfiteuti conservassero il loro diritto a perpetuità. Così i due diritti erano nell'essenziale parificati: e perciò ciascuno venne a cadere indifferentemente sull'una e sull'altra categoria di beni. Lo sviluppo qui descritto, come pure la distinzione fra *fundi patrimoniales* e *res privata* sono però controversi.

di diritto; infine, con Giustiniano, si fuse in questa anche la prima.

Nel diritto giustinianeo l'enfiteusi è un diritto reale ereditabile ed alienabile di godere pienamente di un fondo (rustico o fabbricato) ma coll'obbligo di non deteriorarlo e di pagare un annuo canone (*canon, reditus, pensio, vectigal*).

L'enfiteuta possiede il fondo enfiteutico; può alterarne la sostanza; acquista colla mera separazione non solo i frutti, ma anche gli altri proventi naturali del fondo che non entrano nel concetto di frutti; può dare il fondo in subenfiteusi ed imporgli servitù, diritti d'usufrutto, d'uso, d'*habitatio*, di pegno ed ipoteca duraturi però non oltre il suo diritto; può rivendicare il fondo anche dal concedente e sperimentare le azioni *publiciana* (se tiene la cosa *non a domino*) confessoria e negatoria. È tenuto a conservare la cosa in buono stato, e se il fondo gli è dato incolto, a porlo in cultura; deve pagare il canone alla scadenza delle singole rate, senza attendere l'intimazione del proprietario.[1] Da quest'obbligo lo libera la distruzione totale, non la parziale, della cosa. Egli è tenuto anche ad annunziare al proprietario l'alienazione fatta del fondo enfiteutico e le condizioni di essa. Il proprietario, se l'alienazione avviene per vendita, ha diritto al 2 % sul prezzo,[2] se avviene altrimenti, al 2 % del valore dell'enfiteusi; inoltre in ogni caso di alienazione gode di un diritto detto *praelationis* o *protimiseos*, consistente in ciò che dentro due mesi dall'annunzio dell'alienazione può surrogarsi all'acquirente e ottenere così il consolidamento dell'enfiteusi colla proprietà del fondo.

Anche per l'enfiteusi è dubbio se sorga per convenzione od occorra inoltre la tradizione. La convenzione fu definita da Zenone come un contratto *sui generis* che non è locazione (come sosteneano gli uni) nè vendita (come sosteneano gli altri), ma forma un *ius tertium.... ab*

---

[1] Par certo che il debito del canone sia inerente al fondo e non personale.

[2] Il 2 % diceasi *laudemium* da *laudare* nel senso di « approvare. »

utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum.[1] Sorge inoltre per legato. Altri modi di costituzione (aggiudicazione, usucapione) dalle fonti non risultano. Sorta, l'enfiteusi si trasmette per eredità, legato, e tra vivi per tradizione e per disposizione del magistrato.[2]

Il diritto di enfiteusi cessa per rinuncia dell'enfiteuta accettata dal proprietario, per confusione, per distruzione del fondo enfiteutico, per l'avverarsi della condizione risolutiva e per il giunger del termine apposto alla sua durata.[3]

Il proprietario può inoltre privare l'enfiteuta del suo diritto, se questi è in arretrato di tre anni nel pagamento del canone o delle imposte, se non gli dà l'avviso in tempo debito dell'alienazione comunicandogli il prezzo vero stabilito e, almeno trattandosi di enfiteusi ecclesiastiche, se danneggia seriamente per sua colpa il fondo enfiteutico. Il proprietario può o no far uso di questa facoltà, ma, se ne usa, l'enfiteuta vale per decaduto dal suo diritto dal momento in cui si verificò la causa della privazione.[4]

---

[1] L. 1, C. 4, 66.

[2] V. per l'ultimo caso l. 1, § 26, D. 39, 2.

[3] In diritto giustinianeo è ammessa infatti l'enfiteusi a tempo. Si ritiene però che sia a perpetuità, ove manchi una clausola contraria. In questa ipotesi e in generale quando le parti stabilissero delle deviazioni dalle regole esposte, il contratto costitutivo dell'enfiteusi andava redatto in iscritto. Sempre per atto scritto andavano costituite le enfiteusi ecclesiastiche. — Non è provato che l'enfiteusi si estingua per prescrizione estintiva, come molti sostengono. Ci sembra contestato a torto che per l'efficacia della rinuncia occorra l'accettazione.

[4] Si apprese nell'ultimo decennio del secolo scorso specialmente da due iscrizioni africane l'esistenza di un particolare rapporto su certi tratti dei *saltus*, ossia dei latifondi imperiali non aggregati al territorio di una città, ma costituenti un distretto amministrativo a sè, consistente in questo che l'amministrazione permetteva ai coloni coltivatori dei *saltus* di occuparne certe parti incolte e di goderne irrevocabilmente come proprietari, a condizione di metterle in cultura, salvo a pagare o subito, date certe coltivazioni, o dopo un certo numero d'anni, date certe altre, una quota dei frutti. Il colono decade dal suo diritto se dopo un preavviso lascia incolto per due anni il fondo occupato. Il diritto in discorso è indicato nelle iscri-

Capo VII.

PEGNO ED IPOTECA.

§ 112. — Sviluppo storico del pegno e dell' ipoteca.

Per assicurare la soddisfazione di un credito il diritto romano ammise « garanzie reali » costituite cioè da diritti reali (proprietà o un *ius in re aliena*) e « garanzie personali » costituite cioè da crediti accessori ad un credito principale verso altri. Le garanzie personali sono: l'*adpromissio*, il mandato qualificato e il *constitutum debiti alieni;* le garanzie reali sono: la *praediatura*, la *fiducia cum creditore*, il pegno e l' ipoteca. Qui ci occupiamo soltanto delle due ultime forme. Delle garanzie personali e delle altre forme di garanzia reale sarà trattato nella materia delle obbligazioni ed azioni.

Il termine *pignus* deriva da *pago* o *pango* (gr. πύγνυμι) che significa: confermo, rinforzo. Il pegno si incontra nel diritto pubblico romano [1] oltre che nel privato; il nostro discorso verte solo sul pegno del diritto privato.

Originariamente il pegno consisteva soltanto nel ricevere il creditore dal debitore o da terzi una cosa mobile o immobile, a garanzia del credito, col patto che, pagato il debito, la cosa stessa dovesse essere resa al pignorante. La convenzione, che valea in quanto accompagnata dalla consegna della cosa, diceasi *contractus pigne-*

---

zioni accennate col nome di *usus proprius*. L' istituto esisteva già nell'età di Traiano. Sembra però che non abbia avuto riconoscimento legale. Tutto si riduce a benigne concessioni dell' imperatore.

[1] Si parla di pegno nel trattato di alleanza fra Romani e Latini, ove si dice che la cosa presa in pegno a soddisfazione di una pretesa sia in proprietà di chi l'ha presa (*si quid pignoris nanciscitur sibi habeto*); forse la disposizione si riferiva ad ostaggi, i quali pure sono detti *pignus*. I magistrati romani potevano eseguire una *pignoris capio* contro il cittadino disobbediente; consisteva nel toglierglі una cosa e distruggerla. La *legis actio per pignoris capionem* conducova a dare in proprietà del creditore una cosa del debitore a soddisfazione del suo credito. Nessuna affinità quindi tra questi casi di pegno pubblico e il pegno privato.

raticius. Il creditore non acquistava che il possesso della cosa, nel quale era protetto mediante interdetti possessorii. Il pignorante conservava la proprietà o il possesso *ad usucapionem*. Se però il pignorante rivendicava la cosa dal creditore, questi era protetto con una eccezione *rei sibi pigneratae*. Nessuna difesa avea invece contro terzi, a cui il pignorante avesse alienato la cosa. Il pegno serviva tuttavia ad ostacolare l'alienazione stessa; perchè la *mancipatio*, nella sua forma primitiva, la *in iure cessio* e la tradizione sempre, e forse originariamente anche il legato domandavano la presenza della cosa all'atto dell'alienazione e qui la cosa era nelle mani del creditore.

In seguito si cominciò ad aggiungere al contratto di pegno un *pactum de distrahendo pignore* (su altri patti si parlerà più innanzi) con cui il creditore era autorizzato dal pignorante a vendere il pegno, qualora il debito non fosse stato pagato alla scadenza, e a soddisfarsi sul prezzo. Verso la fine del 2° secolo d. C. il patto divenne superfluo; il creditore potè anche senza di esso vendere il pegno. Se il pignorante faceva col creditore un *pactum de non distrahendo pignore*, questo non annullava la vendita, ma generava soltanto responsabilità personali del creditore alienante verso il pignorante. Giustiniano da ultimo dispose che l'aggiunta di codesto patto rendesse nulla la vendita a meno che il creditore non avesse avvisato tre volte il costituente di pagare prima di procedere alla vendita.[1] Allorchè fu estesa al pegno l'*actio quasi Serviana* o *hypothecaria*, di cui diremo più oltre, e il creditore pignoratizio potè quindi ricuperare la cosa oppignorata, se ne avesse perduto il possesso, dalle mani di qualunque persona, compreso il debitore, e venderla, trasferendone il dominio all'acquirente, il pegno divenne un *ius in re aliena*, che importa una facoltà di espropriazione. Esso colpisce così il valore di cambio della

[1] Sul punto degli effetti del *pactum de non distrahendo pignore* nel diritto classico e nel giustinianeo esistono gravi divergenze dipendenti dallo stato infelice delle fonti che sono contraddittorie e malamente alterate. V. l. 4, D. 13, 7; l. 7, § 1, D. 30, 5; l. 7, C. 8, 27.

cosa e per questo carattere diverge dagli altri diritti sulla cosa altrui prima contemplati.

Mentre già da gran tempo esisteva il pegno, sorgeva un'altra forma di garanzia, che del pegno aveva i pregi e non i difetti,[1] ossia l'ipoteca. L'ipoteca è istituto romano di origine, quantunque l'essere il suo nome ed altri termini in uso rispetto ad esso (*hyperocha, antichresis*) null'altro che una riproduzione di termini greci (ὑποθήκη; ὑπεροχή; ἀντίχρησις) abbia potuto far credere che sia un'imitazione dell'ipoteca greca.[2]

I conduttori di fondi rustici o urbani, entrando nel fondo, v'introducevano schiavi, animali, attrezzi, mobilia, ecc. Il locatore conveniva ora col conduttore che codeste cose (*invecta et illata*) sarebbero state in pegno, avrebbero cioè servito di garanzia per il suo credito della mercede. Esse restavano così in possesso del conduttore, ma il locatore avea diritto di fronte al conduttore[3] di ritenerle, finchè non era pagato. Alla convenzione di pegno si univa anche qui il *pactum de distrahendo pignore,* che divenne poi superfluo come nel caso di pegno. Codesto diritto di ritenzione era fatto valere in maniera diversa, secondo che le cose in discorso erano introdotte in un fondo urbano o rustico. Nel primo caso il locatore avea il diritto di *perclusio.* Cioè se l'inquilino volea asportarle, il locatore potea impedirglielo colla violenza privata e costringerlo così a lasciarle nella casa. Il pretore riconosceva questo diritto, non vietando ai locatori coll'interdetto *de migrando* di opporsi all'asportazione che quando non fosse intervenuta la convenzione di pegno o il debito

[1] Sono di togliere subito il godimento della cosa a chi la dà in pegno, mentre la scadenza del debito può essere lontana, di ostacolare la sua alienazione per parte del debitore e di non servire a garantire che il credito di una sola persona, mentre la cosa potrebbe per il suo valore garantire i crediti di più persone.

[2] L'ipoteca greca e la romana sono separate da gravi differenze, sulle quali v. FERRINI, *Pand.*, § 392, n. 1. — I Romani chiamano *pignus* anche l'ipoteca. Il nuovo termine si trova usato tra i giuristi, la prima volta da Giuliano in l. 33, § 4, D. 41, 3; il testo più antico dei digesti ove si menzioni l'ipoteca fornita di azione reale è l. 69, D. 46, 3, di Celso.

[3] Non eventualmente di fronte al terzo proprietario.

per la mercede fosse stato pagato. Trattandosi invece di fondi rustici, il pretore accordò al locatore un *interdictum* detto dal suo ignoto autore *Salvianum* con cui, in caso d'insoddisfazione del suo credito, egli prendeva possesso delle cose introdotte nel fondo e che si trovassero presso il conduttore. Giunte le cose in mano di terzi, l'interdetto non serviva al loro ricupero. Si introdusse perciò in seguito un'azione detta *Serviana*, pur qui dal suo ignoto autore, o *hypothecaria*, con cui il locatore potè ripetere la cosa oppignorata dalle mani di chiunque. Essa costituiva una vera *vindicatio pignoris*. Introdotta questa azione, l'ipoteca diveniva un *ius in re aliena* che importava come nel pegno una facoltà di espropriazione, e inoltre una facoltà d'impossessamento della cosa. Fatto, sembra all'età di Labeone, questo passo, il diritto ne fece in seguito un altro non meno importante. La nostra azione fu estesa come *quasi Serviana, Serviana utilis* a tutti i casi di convenzione di pegno per qualunque credito e a favore di qualunque creditore. L'istituto dell'ipoteca avea allora compiuto il suo sviluppo.

I due istituti del pegno e dell'ipoteca non divergevano oramai più fuorchè in un punto d'importanza secondaria: nel pegno il creditore ottiene il possesso della cosa fino dalla costituzione del suo diritto di pegno; nell'ipoteca non lo ottiene che dopo scaduto il credito, e anche allora, solo se la cosa sia possedibile. Nelle fonti si dice perciò non a torto che *inter pignus et hypothecam nominis tantum sonus differt*. Noi parleremo in seguito sempre di pegno, anche dove propriamente si consideri un'ipoteca, seguendo in questo, come si accennò, l'esempio delle fonti.

§ 113. — Requisiti per la costituzione di un diritto di pegno.

Il pegno per sorgere domanda tre elementi: una cosa atta ad essere pignorata; un credito per il quale sia pignorata; una causa per cui il diritto di pegno è costituito.

Suscettibile di essere pignorata è ogni cosa corporale capace di essere alienata [1] e sia presente che futura. Pignorata una cosa, essa vale per pignorata nella sua condizione materiale e giuridica attuale e futura.[2]

Si può costituire un pegno per qualunque credito; così per un credito civile che naturale; così per un credito puro che a termine o condizione; per un credito presente o futuro, e qualunque sia l'oggetto del credito e la sua causa.[3] Il pegno per un credito vale anche per tutte le estensioni che si verificano per opera di legge del credito stesso; tali sono ad es. le *usurae quae officio iudicis praestantur,* l'*id quod interest,* gli oneri imposti al creditore possessore della cosa oppignorata,[4] le spese per la

[1] Può essere data in pegno così una cosa intera, che una parte reale, o ideale di cosa. Una parte ideale può essere data in pegno così dal comproprietario che dal proprietario solitario; perchè il pegno si riduce ad un'eventuale alienazione. Sul pegno di parte ideale va detto, circa il suo concetto, quanto si disse della proprietà su parte ideale. La divisione in parti reali della cosa fra i soci lascia sussistere il pegno sulla parte ideale. Quando sia detto che dev'essere in pegno una cosa collettiva (ad es. un gregge, una galleria di quadri, un magazzino di merci) il pegno colpisce i singoli suoi elementi. Dipenderà però dall'indole della cosa, ove altrimenti non consti l'intenzione del costituente il pegno, che cessi il pegno sugli elementi che sono separati dalla cosa e sorga su quelli che vi vengono incorporati o non cessi su quelli nè sorga su questi. Ove la cosa collettiva sia economicamente destinata a rinnovarsi per parti, si presumerà la prima intenzione; dove non sia tale, si presumerà la seconda.

[2] Dato in pegno un fondo, il pegno colpisce anche gli incrementi suoi per alluvione, avulsione, le inedificazioni e le piantagioni fattevi. Non colpisce invece i frutti che se, quando ne siano separati, cadano in proprietà del proprietario del fondo. Se al fondo dato in pegno competono delle servitù, non si ha un pegno sul fondo ed uno sulle servitù, ma si ha un unico pegno sul fondo in questa sua qualità di essere fornito di servitù. E se le servitù si estingueranno, il pegno continuerà sul fondo. Il pegno sul fondo gravato di un diritto su cosa altrui continua su di esso anche quando il diritto sia estinto.

[3] Se il credito è sotto condizione sospensiva o termine *a quo* il diritto di pegno data dalla convenzione sul pegno e non dal verificarsi della condizione o dal giungere del termine. Lo stesso si sostiene da qualcuno per il pegno rispetto a un credito futuro; mentre altri opina che il pegno dati in tal caso dalla convenzione, solo se in quel momento sia certo che il credito sarà.

[4] Le fonti (l. 6, C. 8, 13) menzionano come esempio di simili

procedura di vendita, ecc. La diminuzione del credito non restringe il pegno. Se il credito è diviso fra più persone, ciascuna può agire per la sua quota di credito coll'azione pignoratizia rispetto all'intiero oggetto dato in pegno. Se è diviso il debito, il creditore può ancora agire rispetto a tutto l'oggetto anche contro quello tra i debitori che lo abbia soddisfatto. Per questi motivi si dice che il diritto di pegno è indivisibile.[1]

Il diritto di pegno può essere costituito: *a*) per volontà di parte; *b*) per disposizione del magistrato; *c*) per legge.

a) Il pegno in senso stretto sorge per atto tra vivi da convenzione tra pignorante e creditore accompagnata da consegna della cosa pignorata al creditore (*contractus pigneraticius*); l'ipoteca sorge per semplice convenzione detta *pactum hypothecae*. Questa può essere costituita anche per atto d'ultima volontà: legato o fedecommesso.[2] Possono dare una cosa in pegno anzitutto il proprietario di essa, sia esso o no il debitore; inoltre l'enfiteuta, il superficiario, il possessore publiciano;[3] ma naturalmente il pegno varrà nei tre ultimi casi in quanto non sia leso il proprietario della cosa. Il pegno può essere costituito a nome di queste persone nel diritto giustinianeo dal tutore e curatore loro o dal loro procuratore munito di speciale mandato.[4]

---

oneri: *quod propter possessiones pignori datas ad collationem viarum muniendarum vel quodlibet aliud necessarium obsequium praestitisse creditorem constiterit.*

[1] Per una eccezionale disposizione di Gordiano il creditore pignoratizio, che fu soddisfatto del credito per cui ha la cosa in pegno, non è tenuto a renderla al debitore, se questi ha altri debiti verso di lui per i quali il creditore non abbia altro pegno.

[2] Così afferma Giustiniano in l. 1, C. 6, 43; se il pegno fosse costituibile per legato e fedecommesso anche in diritto classico è controverso.

[3] Anche questi, perchè l'azione ipotecaria non esigeva se non che la cosa fosse *in bonis* del costituente.

[4] Se il proprietario della cosa ratifica la costituzione di pegno fatta da altri, il pegno sta e prende data dalla sua costituzione. Se alcuno dà a pegno una cosa non sua per il caso che diventi sua, il pegno è validamente costituito e prende data dal momento in cui il caso contemplato si verifica (controverso). Se alcuno dà a pegno

b) Si ha pegno costituito per disposizione del magistrato nei due casi del *pignus praetorium* e del *pignus in causa iudicati captum*. Il *pignus praetorium* già sorto al tempo della repubblica si ha in tutti i vari casi di *missio in bona* o in *singulam rem* di un debitore, se possa accadere in seguito ad essa attribuzione della proprietà della cosa al creditore, o vendita della cosa, perchè il creditore si soddisfi sul prezzo. Sul *pignus in causa iudicati captum* sorto nel secondo secolo dell' impero si parlerà trattando della procedura.

c) Il pegno sorge per legge in numerosissimi casi, i quali appartengono quasi tutti per le origini all'epoca postclassica. Nell'età classica sorgeva a questo modo solo in poche ipotesi, dove essendo costume generale di pattuirlo, si ritenea concesso tacitamente, se non constava una contraria volontà delle parti. Perciò si diceva *pignus tacitum*. Nell' età posteriore e specialmente nell' impero cristiano il legislatore introdusse il pegno legale in ipotesi, dove mancava affatto un uso precedente di costituire il pegno espressamente. Queste ipoteche legali sovrabbondanti costituiscono uno dei lati deboli del diritto ipotecario romano.[1]

---

una cosa non sua senza aggiungere a condizione che diventi sua e poi ne acquista la proprietà, il pegno sorge sulla cosa, verificatosi l'acquisto, sia il creditore in buona o in mala fede (controverso) circa la spettanza della cosa al pignorante. Nella stessa ipotesi il pegno non sorge invece se il proprietario diviene erede del costituente (controverso).

[1] Le nomineremo qui distinguendole secondo che il pegno colpisce cose determinate « pegno speciale, » o tutti i beni di una persona « pegno generale o universale. » — Sono colpiti da pegno speciale a favore del locatore per i crediti suoi derivanti dalla locazione di un fondo urbano gli *invecta et illata* del conduttore. Se si ha una sublocazione, ne sono colpiti gli *invecta et illata* del subconduttore a favore del primo locatore, ma per il solo debito suo verso il sublocatore. A favore del locatore di un fondo rustico sono colpiti da pegno i frutti del fondo. Hanno inoltre un pegno simile sopra la casa fabbricata coi suoi danari chi li somministrò per fabbricarla; sopra le cose comprate dal tutore o da terzi coi suoi danari il pupillo; sopra le cose che l'onerato di un legato ricevette dal defunto il legatario. — Sono colpiti da pegno generale a favore del fisco i beni dei suoi debitori da contratto o da imposte; a favore dell' imperatore e dell' imperatrice i beni dei loro debitori; a favore delle chiese per

§ 114. — Diritti del creditore pignoratizio.

Il diritto reale di pegno si esplica in due facoltà principali.[1] Il creditore munito di un diritto di pegno in senso stretto può agire per ricuperare il possesso della cosa anche prima della scadenza del credito. Il creditore munito d'ipoteca acquista alla scadenza del credito, dato che non sia soddisfatto, il diritto ad ottenerne il possesso e a ricuperarlo poi, se perduto. Solo chi era munito di un *pignus praetorium* non ottenea che la detenzione della cosa e non avea azione per ricuperarla, finchè non gli fu accordata da Giustiniano. L'azione che serve in questi casi agli scopi indicati (per la quale si parla di un *ius possidendi* del creditore pignoratizio) era l'*actio quasi serviana* menzionata, che è *in factum, arbitraria*, sperimentabile contro chiunque, compreso il costituente, detenga la cosa.[2] L'attore deve provare che la cosa gli fu pignorata da chi la avea *in bonis*. Il detentore della cosa può difendersi col soddisfare il creditore agente; se

---

i danneggiamenti del fondo enfiteutico i beni dell'enfiteuta; a favore dei pupilli, dei minori e dei pazzi i beni dei loro tutori, curatori e del marito della madre, se questa sia tutrice; a favore dei figli per i beni avventizi materni i beni del padre e quelli o del padre o della madre per i *lucra nuptialia* che devano essere devoluti ai figli stessi; a favore della donna per la restituzione della dote, della *donatio propter nuptias* e dei beni parafernali affidati all'amministrazione del marito i beni di questo: a favore del marito per il credito derivante dalla promessa dotale i beni del promittente; a favore di quelli a cui va restituito ciò che un coniuge lasciò all'altro sotto condizione di non stringere un nuovo matrimonio, se la condizione non si verifichi, i beni del coniuge beneficato.

[1] Molte altre azioni possono competere al creditore pignoratizio, che non sono però esplicazione del suo diritto di pegno, bensì derivano o dal contratto pignoratizio (di questa azione personale discorreremo trattando di codesto contratto) o dal suo interesse alla conservazione e alla disponibilità della cosa (azioni *confessoria, negatoria, finium regundorum, furti, legis aquiliae, operis novi nunciatio, cautio damni infecti, interdictum quod vi aut clam*) o infine dal possesso che abbia o abbia avuto della cosa (interdetti *retinendae* e *recuperandae possessionis*).

[2] Chi non detiene risponde soltanto se *liti se obtulit* o *dolo desiit possidere* come nella rivendicazione.

il detentore sia non il debitore ma un terzo possessore, questi può esigere, soddisfatto che abbia il debito, che il creditore gli ceda le sue azioni contro il debitore (*beneficium cedendarum actionum*). Il terzo possessore può anche ritenere la cosa, finchè sia soddisfatto delle spese necessarie, e, se era in buona fede, delle utili. Severo e Caracalla stabilirono inoltre che chi per un credito ha un' ipoteca generale ed una speciale possa essere respinto nella sua domanda del possesso della cosa colpita da ipoteca generale, se non fece valere prima il suo diritto sulla cosa colpita d' ipoteca speciale (*exceptio excussionis realis*). Giustiniano stabilì che il creditore pignoratizio non possa cercar soddisfazione sul pegno, prima di avere sperimentato le azioni personali contro il debitore e i garanti (*exceptio excussionis personalis*). Il detentore della cosa può anche ottenere che la domanda del creditore sia respinta, facendo valere la sua poziorità di rango. Ma della pluralità di pegni a favore di diverse persone sulla stessa cosa si parlerà nel § successivo.

Il creditore, sia pignoratizio che ipotecario, ha inoltre il diritto di vendere la cosa oppignorata. Fa eccezione anche in questo riguardo il *pignus praetorium*, trattandosi del quale non si procede alla vendita che quando ciò corrisponda allo scopo della *missio in possessionem*. Il diritto di vendita non può essere esercitato che dopo che il credito sia scaduto, il debitore sia posto in mora, sia stato avvisato dal creditore che egli intende di procedere alla vendita e, per prescrizione giustinianea, siano scorsi due anni dall'avviso, a meno che non sia stabilito un tempo diverso dalla convenzione.[1] Eccezionalmente nel caso di *pignus in causa iudicati captum* vien meno l'obbligo dell'avviso e l'attesa prima della vendita si riduce a due mesi computati dal giorno della presa di possesso del pegno.[2]

---

[1] Sul triplice avviso necessario nel caso di *pactum de non distrahendo pignore* v. il § 112.

[2] La vendita del pegno potea essere fatta dal creditore così privatamente, come all'asta pubblica, ma sempre *bona fide*. L'ultimo modo era il normale, perchè copriva meglio il creditore da sospetti

Il creditore vende il pegno per il suo diritto e non per mandato del costituente.

Il creditore ritiene del prezzo riscosso quanto occorre a soddisfazione del suo credito; il resto (*hyperocha*) lo deve rendere al costituente. Se il prezzo è insufficiente a soddisfare il credito, questo perdura per la parte non soddisfatta.[1]

Era lecito pattuire tra costituente e creditore che, se il debito non fosse stato pagato entro un certo tempo, il creditore sarebbe divenuto proprietario del pegno al giusto prezzo da fissarsi scorso quel tempo.

Sino almeno dall'età di Costantino fu invece vietata la *lex commissoria*, molto usata in Oriente, ossia il patto secondo il quale nell'ipotesi d'insoddisfacimento del credito alla scadenza, il creditore sarebbe divenuto proprietario del pegno a pagamento del credito.

Il compratore della cosa fu tutelato variamente secondo i tempi per l'evizione della cosa per difetto di proprietà del costituente il pegno. Nell'ultimo diritto classico ha un'*actio empti* contro di lui. Dell'evizione per difetto del titolo di pegno o per l'inferiorità del grado risponde il creditore alienante. Va avvertito infine che sin nell'ultimo diritto rimase in vigore l'*interdictum Salvianum*, si ignora se nella ristretta applicazione primitiva o in maggiore.

---

di inganno o di leggerezza nella vendita a danno del costituente e dalle conseguenti responsabilità verso di questo per non aver fatto, come doveva, il suo interesse. L'azione per cui in quest'ipotesi di condotta contraria alla buona fede il creditore rispondeva era la *pignoraticia directa*. Il *pignus in causa iudicati captum* era venduto da un *apparitor* per incarico del giudice.

[1] Se non si trova alcun compratore del pegno o la vendita a chi si offre compratore non è conveniente, il creditore può chiedere all'imperatore (a partire dall'età di Alessandro Severo) che gli sia attribuita la proprietà della cosa (*impetratio dominii*). La concessione del dominio fatta dall'imperatore non diviene però definitiva che dopo un certo tempo (due anni in diritto giustinianeo) dall'ultimo avviso dato al costituente; nel frattempo questi può riscattare il pegno.

§ 115. — Pluralità di pegni sulla stessa cosa.

Possono sussistere più pegni sulla stessa cosa. Il caso diviene particolarmente importante quando competano a diversi creditori. Valgono in proposito le norme seguenti.

Se una cosa è pignorata a persone diverse da diversi costituenti, prevale il pegno costituito da chi avea un maggiore diritto; così il pegno costituito dal proprietario prevale su quello costituito dal possessore publiciano. Se una cosa è oppignorata a persone diverse da diversi costituenti forniti di pari diritto, prevale chi ottiene il possesso del pegno.

Il caso più comune di pluralità di pegni è quello in cui lo stesso costituente accordi più diritti di pegno sulla stessa cosa. Il conflitto di diritti e d'interessi che ne sorge tra i più creditori è risoluto dal diritto stabilendo regole di poziorità di rango di un pegno sull'altro.

Come norma il più antico diritto di pegno vince il più recente (*prior in tempore potior in iure*). Tra più diritti di pegno contemporanei prevale quello con possesso; mancando il possesso, ogni creditore acquista il pegno sopra una parte ideale della cosa proporzionale all'ammontare del credito al momento della costituzione.

La poziorità di rango può risultare però da altri fatti che dall'anteriorità nel tempo, in modo che un'ipoteca posteriore può vincere un'ipoteca anteriore. Vincono le ipoteche anteriori le ipoteche privilegiate, le pubbliche e quasi pubbliche.

Sono privilegiate l'ipoteca generale del fisco per i suoi crediti da imposte, l'ipoteca per *versio in rem*, a favore cioè di chi acquistò un pegno nell'atto in cui creditava una somma allo scopo preciso che essa fosse impiegata a far sorgere un più antico diritto di pegno o a conservarne o aumentarne il valore, se l'impiego avvenne;[1] e

[1] Ad es. chi diede ipoteca successivamente a diversi creditori su cose da acquistare in seguito, si fa dar danari a mutuo al preciso fine di comperare un fondo, che sarà colpito dalle ipoteche già accordate. Il pegno concesso al mutuante sul fondo è privilegiato rispetto ai pegni concessi precedentemente.

contro i *primipili* tenuti a somministrare le proviande alle legioni; l'ipoteca a favore della donna per la restituzione della dote;[1] l'ipoteca infine a favore di chi prestò danari ad altri, perchè comperasse una *militia*, dato che si fosse riservato il privilegio in un documento sottoscritto da testimoni. Tra più ipoteche privilegiate sono poziori le più antiche; l'ipoteca del fisco passa però innanzi a tutte.

L'imperatore Leone nel 469 d. C. stabilì che le ipoteche costituite in un documento pubblico (*pignus publicum*) o sottoscritto da tre testimoni di ottima fama (*pignus quasi publicum*) precedessero quelle costituite per atto privato (*pignus privatum*). Tra più ipoteche pubbliche vince la più antica.

Ancora nel diritto romano dell'età adrianea un pegno posteriore valea per costituito per l'ipotesi che fosse estinto il pegno anteriore. Successivamente il pegno posteriore valse per incondizionato. Il creditore pignoratizio posteriore non può però procedere alla vendita del pegno. Può agire per il possesso, ma questo gli può essere sottratto dal creditore pignoratizio anteriore. Vale lo stesso principio circa ai pegni poziori per altre cause che per il tempo, rispetto ai pegni inferiori. Dato che il creditore poziore venda il pegno e si abbia una iperoca, questa va a beneficio dei creditori inferiori nel loro ordine di rango.

Il creditore inferiore ha la facoltà di offrire al creditore poziore di soddisfarlo del suo credito; in seguito alla soddisfazione avvenuta, o all'offerta reale fatta dal creditore inferiore, se il poziore non accetta di essere soddisfatto, quegli succede nel diritto di pegno del creditore poziore per la somma pagata od offerta.[2] È il caso più importante di «successione ipotecaria.»[3]

---

[1] Il privilegio compete personalmente alla donna e ai suoi discendenti non ad altri eredi.

[2] Anche il creditore poziore avea l'*ius offerendi* rispetto al creditore inferiore, perchè in certi casi eccezionali potea avere interesse a tacitare questo.

[3] Gli altri casi sono i seguenti: se il proprietario del pegno soddisfaceva il primo creditore con mezzi somministratigli da un

§ 116. — Estinzione del diritto di pegno.

Essendo il pegno costituito a garanzia della soddisfazione di un credito, esso si estingue coll'estinguersi del credito per un modo di estinzione che importa soddisfazione del creditore (ad es. pagamento, *datio in solutum*, novazione, *pactum de non petendo*); non per un modo diverso (ad es. *litis contestatio*).

Il pegno si estingue inoltre per la rinunzia fatta ad esso dal creditore accettata dal proprietario della cosa;[1] per la distruzione della cosa stessa, nella quale ipotesi va compreso anche il caso di specificazione;[2] per confusione;[3] per prescrizione,[4] per la tradizione della cosa

---

terzo a questo fine, e dava al terzo in pegno la cosa, questo pegno prendeva il rango del pegno estinto; se il proprietario del pegno costituiva un pegno sulla cosa a garanzia del credito sorto per novazione del credito anteriore in rango, il pegno concesso al titolare del nuovo credito, fosse questi il primo creditore o fosse un terzo, prendeva ancora il rango del pegno estinto; infine se una cosa soggetta a pegno era comperata a condizione che il primo creditore fosse soddisfatto, e ciò avveniva, il compratore, pur non succedendo giuridicamente al primo creditore nel pegno, per non poter avere egli un pegno sulla sua cosa, era tuttavia trattato come se fosse succeduto al primo creditore nel pegno. Il secondo creditore divenuto formalmente primo non potea vendere la cosa; poteva però esercitare l'*ius offerendi*.

[1] La rinunzia e l'accettazione possono desumersi anche da mere circostanze di fatto, ad es. dal render la cosa al costituente, o dal consegnargli il documento di costituzione del pegno, dal permesso datogli dal creditore di vendere la cosa oppignorata, infine dal non aver denunziato la propria ipoteca, quando il creditore sia stato invitato pubblicamente a farlo in occasione della vendita del fondo ipotecato e fosse presente sul luogo.

[2] Salvo che non sia stabilito nell'atto di costituzione che il pegno si estenda alla nuova cosa. Lo stesso principio si applica nel caso che la cosa sia distrutta, per specificazione o meno, lasciando residui.

[3] Quando un creditore pignoratizio acquisti la proprietà della cosa, egli conserva però gli stessi diritti che avea come creditore pignoratizio contro i creditori pignoratizi a lui posteriori. V'ha chi concepisce il caso come pegno su cosa propria.

[4] Conviene però in proposito distinguere. Se un terzo acquistò con giusto titolo e buona fede, cioè ignorando l'esistenza del pegno, la cosa ipotecata e la possedette per 10 o 20 anni, rispettivamente

pignorata da parte del creditore in seguito alla vendita e per il sopraggiungere del termine *ad quem* o della condizione risolutiva apposta al pegno.

Alcune di queste cause (ad es. la tradizione dianzi menzionata) estinguono ogni diritto di pegno sulla cosa; altre (ad es. la rinuncia) solo quel diritto di pegno che si considera.

§ 117. — Il pegno su diritti.

Posta, in seguito allo sviluppo storico descritto, l'essenza del diritto di pegno nell'*ius distrahendi pignoris*, ne venne che gradatamente si ammise che si potesse dare in pegno, oltre a cose corporali, qualunque diritto suscettibile di essere alienato. Il pegno sui diritti necessariamente non è un diritto sulla cosa altrui, perchè manca la cosa. Ma si atteggia per le sue norme sul tipo del pegno su cose.

I diritti che possono essere sottoposti a pegno sono i crediti, un diritto di pegno (*pignus pignoris*), di enfiteusi, di superficie, di usufrutto o d'*habitatio*. Giustiniano ammise anche, come si vide, che si potesse dare in pegno una servitù rustica.[1]

---

secondo che egli e il creditore pignoratizio abitavano o no nella stessa provincia, la cosa è libera dal pegno per *longi temporis praescriptio;* così che l'acquirente può rivendicarla dalle mani dello stesso creditore pignoratizio. In mancanza di acquisto con giusto titolo, ma esistendo la buona fede, la cosa è libera dal pegno presso il terzo nello spazio di 30 o 40 anni secondo la distinzione veduta trattando della prescrizione rispetto al dominio. Il costituente e i suoi eredi, che necessariamente non possono possedere la cosa che in mala fede, non possono giovarsi che della prescrizione dell'azione ipotecaria, la quale si compie contro di essi con Giustino in 40 anni. Siccome ora l'azione per il credito si prescrive in 30, così secondo i più si ha per risultato che il pegno perdura oltre l'estinzione del credito da esso garantito. Contro ogni altro possessore in mala fede l'azione ipotecaria si prescrive in 30 anni.

[1] Il pegno su di un credito importa il diritto del creditore pignoratizio di esigere il credito dal debitore; se il credito è in danaro, la somma percepita va a sconto del debito garantito col pegno: se il credito ha per oggetto una cosa, il pegno sul credito si muta in pegno sulla cosa, della quale il creditore deve dare la proprietà al

Ammesso il pegno su diritti, risultò costituibile un pegno anche sopra un patrimonio.[1]

---

costituente il pegno. Inoltre il pegno su di un credito importa la facoltà nel creditore pignoratizio, almeno in caso di difficoltà di esigerlo, di alienare il credito stesso. — L'indole del pegno su pegno è discussa. L'opinione più esatta si è che sia un pegno del credito garantito dal pegno con l'annesso pegno. — Non fa difficoltà il pegno su enfiteusi o superficie; le regole relative si stabiliscono concependolo come pegno sul fondo nella sua qualità di enfiteutico o superficiario. — Il pegno sull'usufrutto, non essendo l'usufrutto alienabile, va inteso come pegno sul diritto di esercitarlo, che è alienabile. Può essere accordato così dal proprietario della cosa che dall'usufruttuario. Il creditore acquisterà la facoltà di esercitarlo (che corrisponde all'*ius possidendi*) e di alienarlo scaduto il credito a sua volta a terzi. Dicasi lo stesso del pegno su abitazione. Giustiniano ammettendo, molto infelicemente, il pegno su servitù rustica, lo presenta come costituibile solo dal proprietario del fondo serviente (o si dovrà integrare la disposizione della l. 12 con quella della l. 11, § 2, D. 20, 1 ?) e lo fa consistere in una facoltà di esercitare la servitù, e di concedere alla scadenza del credito ad altri di esercitarla. Nei due casi il creditore pignoratizio o rispettivamente l'acquirente devono avere fondi vicini a quello serviente a titolo di pegno.

[1] Il pegno su di un patrimonio si riduce a tanti pegni sulle singole unità patrimoniali. Quanto ai mutamenti nel patrimonio e alle loro conseguenze circa il pegno, si richiama ciò che fu detto sul pegno di università di cose, avvertendo però che qui il pegno cessa sugli elementi che escono dal patrimonio e sorge su quelli che vi entrano

LIBRO QUARTO.

IL POSSESSO.

CAPO I.

CONCETTI FONDAMENTALI.

§ 118. — **Il possesso come fenomeno sociale.**

Gli uomini giunti a un certo grado di civiltà si astengono dall'intervenire arbitrariamente in una cosa, che sia apparentemente non libera, che si trovi cioè in condizioni visibili tali da lasciar presumere che alcuno intende di averne l'esclusiva disposizione.[1]

In forza di questo costume, chi abbia manifestato l'intenzione che ogni altra persona si astenga da una cosa per disporne esclusivamente lui e non trovi nel momento in cui manifesta codesto volere alcuna resistenza a che egli disponga così della cosa nella condotta d'altri circa la cosa stessa, se questa sia apparentemente non libera, resta investito rispetto ad essa di un « potere » chiamato « possesso » che si può definire come « la piena disposizione di fatto di una cosa. » Infatti gli altri uomini si asterranno dall'intervenire arbitrariamente nella cosa; e sarà così attuata la volontà di quell'uno che si considera di disporne esclusivamente lui. Egli quindi avrà rispetto alla cosa il « potere » descritto, perchè l'idea di « potere » nei rapporti sociali consta appunto di due elementi ne-

[1] Per qualche riserva circa a certe cose vedi più innanzi a pag. 536.

cessari e sufficienti: una volontà e la presenza di condizioni che la attuano, e nel nostro caso sono entrambi presenti.

Il possesso presenta quindi due lati, al pari del dominio: un lato negativo che consiste nell'astensione di tutti gli altri uomini dalla cosa; e un lato positivo che consiste nella piena libertà d'azione che per effetto di codesta astensione una persona ha verso una cosa.

Il possesso è per ciò stesso uno « stato, » ossia un rapporto permanente, capace di durare indefinitamente, finchè non sopravvengano circostanze atte a farlo cessare. Esso si acquista e si perde; tra i due momenti sussiste, senza che occorra alla sua conservazione alcuna attività fisica o psichica di chi lo acquistò.

Avendo il possesso per base il costume sociale accennato d'astensione dalle cose apparentemente non libere, dove non esista codesto costume, il fenomeno del possesso non si presenta. I singoli potranno trovarsi in maggiori o minori opportunità di fatto di agire sopra di una cosa e di difenderla dagli arbitrari interventi altrui, ma queste opportunità non costituiscono il possesso. Questo ha così poco in comune con esse, che può sussistere anche dove manchino interamente.

Il progresso della civiltà, importando una sempre maggiore osservanza del costume in discorso, rende i possessi sempre più « stabili. »

Il possesso non è un rapporto di diritto (per questo lo si dice costituito da una disposizione « di fatto »); la volontà dello Stato non entra infatti per nulla nella sua costituzione. È invece un rapporto etico-sociale, in quanto ha per base un costume, che fa parte della moralità sociale.

Esso è un potere « reale », perchè è potestà sulla cosa, ma nel senso già veduto parlando dei diritti reali. Veramente anche il possesso è rapporto tra uomini; il possessore dispone nel senso che gli altri uomini non intervengono nella cosa senza il suo consenso, ond'egli resta libero di agire rispetto ad essa. La sua libertà d'azione è una libertà « sociale » d'azione.

Il possesso ha esistenza meramente ideale. Essendo un « potere, » è cosa pensabile, ma non sensibile. Condizioni sensibili sono necessarie perchè sorga e perchè non vada perduto; ma queste lo fanno sorgere e impediscono che cessi; non lo costituiscono.[1]

Dipendendo l'idea del possesso dal costume sociale di astensione dalle cose apparentemente non libere, ed essendo questa una quantità costante, anche il possesso è una quantità costante. Una cosa si possiede o non si possiede; ma non si possiede più o meno. Il possesso non ha gradi.

Il possesso è « perpetuo » non nel senso che duri perpetuamente; ma nel senso che non può estinguersi per esaurimento della sua funzione, nè per limiti posti alla sua durata, perchè sorge, come vedremo, per atto unilaterale di volontà e la volontà non può porre efficacemente limiti di tempo a sè stessa.

Il possesso è solitario per le stesse ragioni vedute per cui la proprietà è solitaria.

Come questa, anch'esso può essere limitato. La società può infatti da una cosa apparentemente non libera astenersi in ogni senso, tolto qualcuno. Se esistono limiti sociali, non esistono invece limiti privati del possesso. Ogni intervento arbitrario d'altri nella cosa posseduta, fatto pretendendo di limitare la libertà d'azione del possessore, anche se da questo tollerato, costituisce una lesione e non un limite del possesso.

Appare da quanto si è detto in che il possesso diverge dalla proprietà e in che si assomiglia.

Ne diverge in quanto la proprietà è un diritto e il possesso è un fatto. Quella è costituita da una libertà giuridica di azione, che si considera esistere per effetto del-

[1] Così ad es. per acquistare il possesso di una casa occorrerà entrarvi, e per non perderlo la casa non dovrà assumere l'aspetto di una casa abbandonata. Ma il possesso in sè non è lo stare nella casa, come non è l'aspetto esteriore di casa abitata e custodita; esso è il potere di libertà d'azione che acquistò chi, immettendosi nella casa, ne prese possesso, e che perderà, se lascia alla casa assumere l'aspetto di abbandonata.

l'ordine di astensione dalla cosa intimato dallo Stato a tutti gli altri cittadini a favore di una persona; questo è costituito da una libertà di fatto d'azione che si considera esistere a favore di una persona per effetto del costume sociale di astensione dalle cose apparentemente non libere. Il possesso può unirsi alla proprietà, ma può anche scompagnarsene. Esso si studia meglio dove è disgiunto da essa, come da qualunque altro diritto sulla cosa.[1] Quando il possesso si accompagna al dominio, esso ne costituisce la « realizzazione. » Infatti, dove il concetto del dominio dipende da un ordine di astensione, il concetto del possesso dipende dal fatto dell'astensione stessa.

Il possesso si assomiglia alla proprietà in quanto non è esso stesso che una proprietà; precisamente esso è una « proprietà sociale, » uno stato di libertà d'azione rispetto alla cosa vigente per forze sociali.[2]

---

[1] I giovani dovrebbero tener sempre in mente come esempio tipico di possesso quello del ladro sulla cosa rubata.

[2] La teoria qui esposta intorno alla natura del possesso, a cui, per aver noi ridotto questo a potere verso gli altri uomini, fondato sull'astensione volontaria di questi dalle cose apparentemente non libere, daremo il nome di « teoria sociale » del possesso, si distingue profondamente da altre due teorie, l'una, che resta ancora dominante, sostenuta dal Savigny, l'altra dallo Ihering.

La prima è la teoria « fisica » del possesso, secondo la quale questo consisterebbe in una disposizione di fatto che ha un uomo di una cosa per circostanze fisiche, ad es. perchè la ha sopra di sè, o si trova in essa (questo nel caso d' immobili) o vi si trova vicino, o almeno perchè può, quando voglia, rimettersi in circostanze simili rispetto alla cosa. Secondo questa teoria il possesso sarebbe così un fenomeno non della sola società umana, ma del regno animale e forse anche dell' inorganico. Il lupo possederebbe l'agnello che abboccò; e la pietra il tratto di fondo, su cui insiste. Pur questo fu infatti affermato (Kniep, *Der Bezitz des bürgerlichen Gesetzbuches*, pag. 3). Ad essa va obbiettato che i rapporti fisici in cui alcuno può trovarsi rispetto a una cosa, variissimi in sè, non possono mai costituire una « disposizione » della cosa, cioè quella padronanza duratura, in cui, pure secondo la teoria stessa, consiste il possesso. Perchè codesti rapporti variano di momento in momento, e nessuna circostanza fisica può mai dare l' idea che alcuno sia padrone di una cosa, nel senso di avere libertà d'azione rispetto ad essa. La teoria in discorso non si regge che con ripieghi o rinnegando i suoi stessi principii. Essa non ha che pregio storico, come un primo tentativo di costruzione di una teoria del possesso; effettivamente è un feno-

La « presa di possesso » è l'unico modo di acquisto del possesso. Essa sta al possesso nello stesso rapporto in cui i modi di acquisto dei diritti stanno ai diritti che ne conseguono, nel rapporto cioè di causa ad effetto. La presa di possesso ha natura di fatto al pari del possesso; ma sono due fatti diversi, che rimangono distinti nel tempo e negli elementi. Chi li confonde somiglia a chi facesse tutt'uno del moto della mano che scrive e della scrittura. La presa di possesso è la realizzazione della volontà di aver libertà d'azione rispetto alla cosa, realizzazione compiuta senza l'intervento dello Stato.

Essa domanda al suo compimento che una persona manifesti la volontà di avere libertà d'azione verso la cosa. Il modo di questa manifestazione non è costante. È la società che lo determina. Da molti secoli basta al fine che la persona, che si considera, ponga volontariamente la cosa in una condizione che sia il presupposto fisico della sua utilizzazione da parte dell'uomo. Questa manifestazione dicesi « apprensione. »[1]

---

meno d'infanzia scientifica. La seconda teoria, propugnata dallo Ihering in vari lavori, fa consistere il possesso nell'esteriorità del dominio; nell'apparenza cioè esteriore della cosa, da cui si desume che essa ha un proprietario. A questa teoria si obbietta che un'apparenza, uno stato esteriore della cosa non può costituire l'idea di una disposizione, di un potere sulla cosa, quale è il possesso anche secondo chi sostiene la teoria stessa. La quale però rappresenta un progresso sopra la precedente, perchè almeno mette in luce l'importanza, perchè si produca il possesso, dell'apparenza di non libertà della cosa. Volendo esprimere con un esempio volgare dove la nostra teoria diverge da queste due, diremo che chi passeggia per via col cappello in capo, *ceteris paribus*, secondo la teoria fisica lo possiede perchè lo ha in capo e può toglierselo e rimetterselo in capo; ed è pronto a difenderlo, se altri tenta di toglierglielo; secondo la teoria dell'esteriorità del dominio, lo possiede perchè chi è proprietario di un cappello suol tenerlo per via in capo e costui appare quindi come uno che sia proprietario del suo cappello; per noi invece costui possiede il cappello, perchè, portandolo in capo, appare che vuol disporne lui solo, e quindi nessuno glielo toglie di capo e appunto questo fatto dell'astensione spontanea altrui dal suo cappello fa che la sua volontà che gli altri si astengano da esso per disporne lui, sia attuata, che egli cioè ne disponga.

[1] Si compie normalmente afferrando le cose mobili, introducendosi nelle immobili, predisponendo il necessario, perchè le forze na-

La volontà di avere libertà d'azione rispetto alla cosa porta il nome di «animo di possedere.» Essa è volontà negativa e positiva insieme: negativa in quanto è volontà che ogni altro si astenga dall' intervenire nella cosa senza il nostro consenso; positiva in quanto si vuole ciò per avere noi libertà d'azione rispetto alla cosa stessa.[1]

Oltre alla manifestazione della volontà di possedere, la presa di possesso domanda ancora che la cosa sia vacante. Se non lo è, chi vuole acquistare il possesso deve renderla tale. La vacanza della cosa si ha rispetto a un dato acquirente, quando nessuno tiene circa la cosa un contegno, che dimostri il suo proposito di non ammettere che l'acquirente abbia libertà d'azione rispetto alla cosa stessa. Il proposito rivelato con un contegno circa la cosa che la libertà d'azione altrui su di essa sia limitata, non basta a togliere la vacanza della cosa.[2] La così detta cessione

turali (ad es. il deflusso naturale dell'acqua, di un gas) o l'azione d'altri uomini o della cosa stessa (si pensi a un animale che cade nel laccio teso) portino la cosa in codeste condizioni che sono il presupposto dell' utilizzazione. In questo ultimo caso l'apprensione è compiuta, quando per codeste predisposizioni la cosa si trova posta nelle condizioni in discorso. Nulla vieta pensare che in condizioni ulteriormente progredite di civiltà l'apprensione si compia con pubbliche dichiarazioni.

[1] L'animo di possedere non importa per nulla la volontà di fare tutti gli usi possibili della cosa, come si suole insegnare. Essa è compatibile col proposito di farne un uso limitatissimo o di non farne nessun uso. Allo stesso modo ad es. che nella *fiducia cum amico*, come vedremo, l'acquirente il dominio non volea acquistare il dominio che per custodire la cosa all'amico, l'acquirente il possesso può non voler possedere la cosa che per uno scopo identico o scopi analoghi. Il proposito di uso è quindi estraneo all'animo di possedere. Esso può accompagnarglisi, come esistere senza di questo, perchè è tutt'altra cosa da questo. La prova che alcuno ha l'animo di possedere è estremamente difficile in molti casi; il che va ricordato per spiegare i fenomeni che presenta la legislazione romana sul possesso.

[2] Normalmente ad es. il fondo è vacante quando nessuno v'ha in esso; ma può esser vacante anche se vi sta alcuno, il quale subordini la sua volontà di starvi e di farvi alcunchè al consenso dell'acquirente. o pur pretendendo di starvi e di agirvi indipendentemente da questo consenso, non pretenda di starvi che a scopi determinati e di agirvi in determinati sensi. Finchè alcuno insista sulla cosa a titolo di uno dei *iura in re aliena* che importano una facoltà di disposizione ge-

o tradizione del possesso non è che la creazione volontaria della vacanza della cosa per parte del possessore, fatta per favorire la presa di possesso di un altro.

La vacanza della cosa realizza solo momentaneamente la libertà d'azione voluta dall'acquirente. Onde sorga quello « stato » di libertà d'azione, che è il possesso, occorre inoltre che la cosa sia apparentemente non libera, perchè è questa apparenza che provoca anche per il futuro l'astensione sociale dalla cosa.

La cosa appare non libera, come si disse, quando per le condizioni visibili, in cui si trova, si possa presumere che v' ha qualcuno che intende di avere libertà d'azione rispetto ad essa. Non importa che questa persona vi sia o no. Queste condizioni sono tali quando siano corrispondenti ad un proposito presente di utilizzazione di tutta la cosa.[1]

La presa di possesso è compiuta nel momento di tempo in cui vacanza della cosa, apparenza di non libertà e manifestazione del volere coincidono. A questo momento v'ha una volontà di libertà di azione rispetto alla cosa manifesta e realizzata per ora e per il futuro; a questo momento comincia il possesso.

Compiendosi la presa di possesso soltanto per volontà ed atto dell'individuo, indipendentemente dal volere dello Stato, il possesso è un potere sempre esposto a cessare per il fatto arbitrario altrui. Chiunque può spogliare altri del suo possesso, rendendosi possessore in sua vece. Il possesso della stessa cosa passa dall'una all'altra persona per il solo fatto che in luogo della volontà di disporre della prima ora si trova attuata la volontà di di-

---

nerale (usufrutto, enfiteusi, superficie), non si potrebbe ammettere che la cosa sia vacante.

[1] Simili condizioni sono ad es. l'aspetto di cultura che presenta un fondo, i segni di custodia, il luogo, ove la cosa si trova, ecc. Esse variano infinitamente coll' indole delle cose, col diverso pregio loro, colle abitudini e le usanze sociali, colle varie occasioni d'uso delle cose, e persino coi momenti di tempo. Ad es., il cerchio con cui un fanciullo gioca è apparentemente non libero anche se giace a terra in un giardino pubblico nelle ore in cui vi si gioca e il fanciullo è lontano; non è più tale se si trova nelle stesse condizioni, trascorsa l'ora del gioco.

sporre della seconda.[1] Il possesso una volta acquistato continua poi di per sè a sussistere, anche se vengano meno alcune delle condizioni onde dipese il suo acquisto.[2]

Capace di prendere possesso è ogni persona capace di voler possedere e di manifestare questo volere mediante l'apprensione. Si può acquistare il possesso anche per mezzo di una terza persona, la quale però non può che sostituirsi a noi nella manifestazione del volere, non nel volere. La sostituzione della volontà altrui alla nostra con l'effetto che sia acquistato il possesso a noi è un fenomeno giuridico, estraneo quindi a questa parte della nostra trattazione, ove studiamo il possesso come fenomeno sociale.

Possono essere possedute tutte e sole le cose « corporali, » rispetto alle quali esista il costume d'astensione accennato quando siano apparentemente non libere.[3]

Il possesso si estingue: morendo il possessore. Non può infatti esservi successione nel possesso, per essere esso cosa di fatto. Si estingue ancora cessando la capacità di possedere; un'ipotesi pratica soltanto nelle società a schiavi, dove un uomo potea divenire cosa. Si estingue

---

[1] Così, ad es., se alcuno mi ruba l'orologio e se ne va con esso, dopo vinta la mia resistenza alla sottrazione, cioè dopo aver resa vacante la cosa, io stesso faccio come gli altri uomini, ossia non intervengo più arbitrariamente nell'orologio rubatomi apparentemente non libero, poichè l'altro lo custodisce presso di sè. Denuncerò il furto, ma non tenterò un ricupero violento della cosa. Ora quindi è la volontà che ha il ladro di disporre dell'orologio che è attuata; e perciò è lui il possessore.

[2] L'acquirente può impazzire o dimenticare di avere la cosa e tuttavia seguita a possederla, benchè non voglia più nulla circa ad essa. Possono anche venir meno le condizioni dell'apprensione e il possesso tuttavia perdura. Così l'emigrante in lontani paesi possiede il campo e la casa che lascia deserti nella natía montagna. Infine il possesso può essere conservato, mentre la cosa cessa d'esser vacante. Se alcuno entra nel fondo col proposito di impedire al possessore di disporne e riesce ad impedirglielo, ad es. non lasciandovelo rientrare, il possessore resta tale, finchè l'altro non prenda lui possesso della cosa. Tanto le condizioni per possedere sono diverse da quelle necessarie a prender possesso!

[3] È concepibile infatti che da certe cose la società non si astenga non ostante la loro apparenza di non libertà, perchè non ammette una disposizione privata di esse.

infine colla presa di possesso da parte d'altri, coll'estinzione della cosa, colla cessazione dell'apparenza di non libertà della cosa.[1]

Il possesso può essere leso. La lesione è costituita da ogni intervento arbitrario di terzi nella cosa posseduta, se significhi che si intende di diminuire la libertà d'azione del possessore o di privarnelo interamente. Se la lesione costituisce una presa di possesso, assume il nome di « spoglio. » Si dicono « turbative » tutte le altre lesioni.[2]

Il possesso non ha di comune coi rapporti giuridici che di essere anch'esso, come questi, un rapporto sociale. Del resto ha indole antigiuridica. Il diritto non dà poteri che in un interesse sociale. Il possesso sorge invece per atto dell'individuo in un interesse individuale. Che esso si uniformi all'ordine giuridico o ad un ideale di giustizia non è che un fortunato accidente. Questo è il motivo per il quale il possesso è incapace di essere mai titolo giuridico di alcun vantaggio al possessore. La categoria, che alcuno estende all'infinito, degli effetti giuridici del possesso è perciò immaginaria. Il possesso di per sè non può essere mai causa di alcun effetto giuridico. Ha scopo so-

[1] Intorno a quest'ultimo caso va osservato che si verifica sempre nell'ipotesi di derelizione. Poichè la derelizione presuppone un atto, per il quale la cosa sia posta in condizione di apparente libertà, cioè in uno stato in cui nessuno tiene una cosa, il quale abbia intenzione di utilizzarla. Ma non è l'unico caso. Se una casa deserta assume l'aspetto anche di abbandonata, se un fondo assume l'aspetto d'incolto, e vi vien meno per l'opera del tempo o degli uomini ogni segno di custodia, se un animale domestico diviene randagio, se alcuno smarrisce una cosa mobile in modo che sia uscita dalla sua custodia, se alcuno getta dalla nave le merci, che vengono portate sul lido, o galleggiano sulle onde, si ha sempre perdita di possesso per cessazione di apparenza di non libertà. Allora infatti l'astensione sociale da simili cose cessa. Chiunque, ad es., raccoglie la gemma perduta per via, ora con l'intenzione di renderla al possessore antico, ora con l'intenzione di appropriarsela. E perciò la cosa non è più a disposizione del possessore. Il suo possesso è cessato.

[2] Il nome esprime la permanenza del possesso non ostante la lesione ed il fatto che più dell'atto presente d'intervento arbitrario conta la minaccia di una continuazione o ripetizione dell'intervento stesso, che pende sopra il possesso in forza dell'intenzione espressa in quell'atto.

ciale il costume di astensione dalla cosa apparentemente non libera. Esso sorse da un bisogno di pace tra gli uomini; questo bisogno lo mantiene; e oramai è seguìto per atavismo. Il possesso, che dipende da esso, non ne è che la conseguenza ed il prezzo spesso doloroso.

La legge tutela con vari mezzi e specialmente con azioni il possesso da lesioni e da turbative[1] e vi connette vantaggi e responsabilità. Così esso entra nel diritto obbiettivo. Ma poichè il suo riconoscimento, secondo un sistema di libera prova, riesce oltremodo difficile, sorge per il diritto la necessità di porre dei criteri fissi della sua esistenza; stabilendo ad es. limiti di età per la capacità d'acquistarlo; cause di acquisto, per giudicare se v'ha o no l'animo di possedere, ecc. Il possesso nel diritto può perciò divergere dal possesso come fenomeno sociale. Giuridicamente può non possedere chi socialmente possiede, e inversamente. Questo però non essendo che conseguenza di una difficoltà di prova, non è un elemento perturbatore dell'idea di possesso. Il perturbamento si produce per un'altra causa. Il connettere azioni, vantaggi, responsabilità al mero fatto del possesso nei casi dove, secondo gli accennati criteri, il diritto lo riconosce presente, importerebbe spesso un sovvertimento dell'ordine giuridico. Il diritto non può ora porre la sua forza a

[1] Si disputa molto sul fondamento della protezione del possesso. Non ostante qualche autorevole richiamo a trattare la questione in relazione alle forme e ai limiti di codesta protezione nei singoli diritti e nei vari tempi di uno stesso diritto, si preferisce ancora trattare il problema filosoficamente per giungere ad una ragione unica, assoluta della protezione. Il metodo è erroneo. In realtà le ragioni della protezione del possesso variarono e continuano a variare nello spazio e nel tempo. Sempre in ogni caso codeste ragioni sono estranee al possesso. La legge tutelando cioè i possessi, mira a tutelare qualche altra cosa, che non è il possesso; ora mira a difendere la pace sociale, ora a difendere più facilmente i dominii, ora a favorire l'utilizzazione delle cose, ora la più sicura circolazione dei beni, ecc. ecc. In uno stesso momento storico la protezione possessoria può essere preordinata a soddisfare in misura pari o disforme più fra questi scopi. Non conviene neppure dimenticare, trattando della protezione possessoria, che questa non è tutta nelle norme del diritto civile, ma si trova anche nelle norme penali e amministrative.

servigio di uno sfrenato individualismo. Esso deve mirare sempre a scopi di ordine sociale. Di qui una serie di provvedimenti legislativi per i quali le azioni, i vantaggi, le responsabilità che il diritto afferma di connettere al possesso, sono attribuite in realtà invece a chi non possiede, o distribuite tra chi possiede e chi non possiede, o negate al possessore senza che siano date ad altri. Molti desumono da ciò che il possesso è un diritto. L'affermazione è erronea non fosse altro per questo che la situazione giuridica fatta al possessore, ma negata a certi possessori e accordata a certi non possessori, non è una situazione giuridica unitaria. Il possesso resta un fatto. Ma si devon tener da esso distinte le situazioni giuridiche varie spesso da possessore a possessore (ad es. secondo che è in buona o in mala fede, secondo che acquistò il possesso con titolo o senza titolo, con violenza o no, ecc.), nelle quali la legge può mettere chi per essa stessa non possiede e può non mettere chi possiede. Vero è che dove si ha un fatto naturale, esistente indipendentemente dal diritto, e che questo prende per base di certe sue disposizioni, se le stesse disposizioni poi esso le applica al caso dove quel fatto non v'è, o non le applica dov'è, siccome al giurista ciò che preme è la situazione giuridica fatta alle persone, così egli è indotto a confondere la situazione giuridica col fatto e a chiamarla collo stesso nome. Si produce in tal modo uno stato morboso di terminologia. La stessa parola ora indica il fatto, da cui dovrebbe dipendere la situazione; ora la situazione, indipendentemente dal riguardo alla presenza del fatto. Di qui scende che troviamo dirsi che possiede chi possiede e gode della situazione giuridica corrispondente; ma dirsi anche che non possiede chi possiede, perchè non ne gode, e che possiede chi non possiede perchè ne gode. Veduta però questa causa, da cui sorgono quelle perpetue contraddizioni terminologiche, le quali affliggono come un male cronico la teoria del possesso, esse perdono il loro carattere pericoloso, cessano cioè di generare anche contraddizioni di idee.

Abbiamo esposto sin qui la teoria del possesso come un fenomeno sociale, senza riguardo al diritto romano.

Questo paragrafo è una pagina di sociologia. Ma dovevamo far questo, perchè senza questo concetto del possesso come fenomeno sociale, ogni teoria giuridica del possesso è inintelligibile. L'interesse essenziale della dottrina giuridica del possesso sta tutto nel vedere come il diritto si diporta circa a codesto fenomeno, che si produce senza di lui, e che è spesso in conflitto cogli scopi, a cui esso tende.

§ 119. — La detenzione, il compossesso, il quasi possesso.

Sono fatti ben distinti dal possesso, benchè usi ridurli sotto lo stesso concetto. Vanno anch'essi considerati anzitutto da un punto di vista filosofico.

La legge parla spesso di detenzione, ma non in senso uniforme.[1] Vedremo che la parola è usata nelle nostre fonti non di rado nel senso di possesso non protetto da interdetti. Normalmente dove la legge parla di detenzione allude ad un'opportunità di azione che ha una persona rispetto a una cosa, opportunità data da elementi che formano parte dell'idea di « custodia. » La custodia invece di essere un potere, come il possesso, è un'attività, che presuppone la volontà di custodire e un'insistenza sulla cosa o almeno una vicinanza maggiore o minore ad essa. Essendo la custodia una forma di attività, può essere esercitata sulla stessa cosa anche da più persone o così che le custodie siano coordinate fra loro, come nel caso di due amici che abitino la stessa casa, o l'una sia subordinata all'altra, come nel caso di un custode che abbia al suo comando altri custodi. Abbiamo usato di una frase molto generale per indicare questo secondo normale significato, in cui la legge usa il termine di detenzione, perchè varia assai il modo con cui si riferisce con esso alla custodia. Ora infatti la legge accenna al fatto che alcuno la esercita, ora al mero trovarsi una cosa

[1] Trascuriamo il caso non infrequente dove chiama detenzione il possesso.

nell'ambito di custodia di una persona, senza riguardo alla sua scienza e tanto meno alla sua volontà di custodirla; ora accenna alla custodia superiore e non alla subordinata; ora a quella e a questa.[1]

La disposizione di fatto indicata col termine « detenzione » solo normalmente e non sempre, come si accennò, comprende elementi che fanno parte dell'idea di custodia. La legge indica talora con essa infatti anche opportunità di azione sopra una cosa di cui gode una persona a certi fini e scopi, opportunità risultanti da situazioni giuridiche. Così si dice ad es. che colla *rei vindicatio* si può agire contro i detentori; col qual nome si comprende qui chiunque abbia la *facultas restituendi*. Questa *facultas* ora non la ha solo il custode. La ha ad es. il conduttore di una casa, che se ne allontanò, lasciandola incustodita. Il suo rapporto giuridico, ove altro non osti, crea un'opportunità di fatto (da questo solo punto di vista la legge vi ha riguardo) di restituzione, cioè di azione sulla cosa. Onde, riassumendo, sono figure precise il possesso e la custodia; la detenzione non è tale; è termine che allude a una possibilità di fatto di azione sulla cosa, risultante però caso per caso dalle circostanze più varie; il senso del termine va determinato perciò volta per volta in relazione alle singole norme.[2]

---

[1] Se p. es. la legge sottopone a certe norme i detentori di sostanze esplosive, a parte il suo eventuale riferimento ai possessori, essa non allude certo a coloro nell'ambito di custodia dei quali le sostanze si trovino, ma a coloro che hanno e vogliono avere in custodia le sostanze stesse. Se invece ordina ai detentori di una cosa di esibirla, essa si riferisce a chi si trovi nell'opportunità di far ciò e in questo caso è passibile dell'azione colui nel cui ambito di custodia la cosa si trovi anche a sua insaputa e certo anche se non intende, nè intese mai di custodirla. Se la legge obbliga i detentori di opere d'arte di denunziarle, la legge non obbligherà certo i custodi subordinati: ma, se mai, i custodi superiori. Se la legge in periodo di stato d'assedio punisce i detentori di armi, essa può comprendere tutti i custodi sia superiori che inferiori, sappiano o non sappiano di avere nell'ambito di lor custodia la cosa.

[2] I concetti qui svolti sulla detenzione non sono quelli correnti. Per detenzione si suole intendere il dominio fisico volontario (anche involontario per certuni) di una persona su di una cosa. Chi tiene ad es. volontariamente un anello in dito ne sarebbe detentore, perchè

Il compossesso, cioè il possesso di più persone della stessa cosa per parti ideali, è altrettanto inconcepibile come possesso, quanto la comproprietà è inconcepibile come una proprietà. Per cogliere la sostanza del rapporto di compossesso conviene muovere dall'animo di compossedere. Più persone possono concepire la volontà che da una cosa devano rimanere esclusi tutti gli altri uomini per poter intervenire esse nella cosa stessa subordinatamente al consenso l'una dell'altra. Quando queste persone abbiano preso il compossesso della cosa (a ciò servono gli stessi elementi della presa di possesso, salvo che l'apprensione è manifestazione della volontà di compossedere) sorge a loro favore una figura a sè di potere: il compossesso.

Questo potere si riduce a una specie di servitù negativa assoluta a cui soggiace la cosa per forze sociali anzichè statuali. La volontà del compossessore che viene realizzata è infatti questa che nessuno intervenga nella cosa senza il suo consenso. Questa potestà va disgiunta però qui da quel potere d'azione sulla cosa, di cui gode il possessore. Perchè il compossessore, diversamente dal possessore, non trae dall'esclusione altrui alcuna libertà d'azione rispetto alla cosa, in causa del concorso delle uguali potestà degli altri compossessori. Poteri positivi

---

si pensa che ne disponga fisicamente. La detenzione si eleverebbe a possesso per altre circostanze, che variano a seconda delle teorie: per alcuni, se il detentore oltre a volere la disposizione fisica della cosa, vuole anche condursi rispetto ad essa come un proprietario (così detto *animus domini*), creda o no di esser tale; per altri, se è protetto dal diritto nella disposizione fisica; per altri ancora, se ha acquistata la detenzione per certe cause. In realtà una condizione determinabile da circostanze fisiche, per cui si possa parlare di un dominio fisico di un uomo su di una cosa non esiste. Le opportunità d'azione su di una cosa, anche congiunte coll'animo di approfittarne, non costituiscono un *quid* che meriti il nome di dominio per quanto qualificato per fisico. Certo è poi che il possesso non ha nulla che fare con simili opportunità e con simile volontà. Si può stabilendo una custodia sulla cosa compiere l'« apprensione » come elemento della presa di possesso e, mantenendola, conservare il possesso, perchè essa mantiene a sua volta l'apparenza di non libertà della cosa. Ma ciò non legittima l'idea del possesso come una detenzione qualificata.

d'azione sulla cosa egli non può trarre che da una valida convenzione cogli altri soci; ma allora si ha un potere giuridico; e non più di mero fatto. Può godere inoltre della cosa non per un diritto acquistato, ma per un permesso accordatogli dai soci. Questo non serve che a togliere il carattere di lesione del compossesso altrui alla sua azione. Nel compossesso pure come nella comproprietà si presenta la quota; ma in un senso analogo; nel senso cioè non già, come si dice, che si posseda per una parte, ma che la legge può far verificare nel capo dei singoli compossessori quei fatti, che hanno per presupposto il possesso, nei limiti di una quota; ad es. può far che ogni compossessore di buona fede non acquisti che una quota dei frutti, e non acquisti per usucapione che la comproprietà della cosa per una quota. La teoria svolta del possesso come proprietà sociale importa che il compossesso appaia una comproprietà sociale. E quindi la combinazione della teoria del possesso e della comproprietà dà modo al lettore di costruire di per sè la teoria del compossesso quanto al suo nascere, al suo estinguersi, alle alterazioni che può subire rispetto alle quote, tutti punti sui quali, per brevità, sorvoliamo.

Usa ridurre pure sotto il concetto di possesso il così detto quasi possesso o possesso dei diritti. Per possesso di un diritto s'intende l'esercizio avvenuto di un diritto per parte di una persona, non importa poi se a questa esso competa o meno.[1] Questa idea di possesso dei di-

---

[1] La nomenclatura è un frutto di un'immagine. Se si raffigura una servitù di passaggio come una cosa, chi la esercita può parere che adoperi questa cosa. Movendo ora dall'idea da noi combattuta di possesso come dominio fisico di una cosa, un'idea che è semplicemente la generalizzazione del caso tipico, sempre presente al pensiero, dell'impugnare una cosa mobile, si potè dire quindi che costui possiede la servitù di passaggio. Se è titolare della servitù, la possiede legittimamente, alla stessa guisa che il proprietario possiede legittimamente la cosa; se non lo è, la possiede illegittimamente allo stesso modo che l'invasore di un fondo possiede illegittimamente il fondo. Il caso di esercizio di una servitù di passaggio fu veramente quello su cui si formò il concetto in discorso, che poscia la dottrina applicò ad una sfera sempre maggiore di diritti. Questa idea del possesso come esercizio dei diritti reagì presso qualche scrit-

ritti è però priva di base logica e di ogni analogia col possesso.[1]

Va mantenuta invece, come ben s'intende, l'idea di esercizio di un diritto, per usarne dove la legge la elevi a presupposto di certe norme, il che non fa e non può fare che per certi diritti. Quali questi siano non si può desumere che dalle disposizioni positive e non da caratteri affermati astrattamente che essi abbiano.

---

tore sul concetto stesso di possesso di cosa da cui moveva, per disfarlo, riducendolo anch'esso ad esercizio di un diritto e precisamente all'esercizio del dominio.

[1] Sta che in certe ipotesi la legge connette dei vantaggi al fatto di avere esercitato una o più volte o in un dato periodo di tempo e in date condizioni delle facoltà che formano il contenuto di determinate figure di rapporti giuridici. Il vantaggio consiste normalmente nell'acquistare azione a tutela della continuazione dell'esercizio del diritto, benchè il diritto non competa, e persino nell'acquisto, coll'uso prolungato, del diritto esercitato. Ma questi vantaggi connessi a una condizione di fatto analoghi a quelli connessi alla condizione di fatto che è il possesso, non autorizzano a configurare quella prima condizione come possesso del diritto, perchè non ha nulla in comune con questa seconda. Il possesso di cosa è un « potere » che nasce da un costume sociale; ma chi esercita quei diritti a cui la legge connette codesti vantaggi non « può » socialmente nulla, perchè un costume sociale di astensione da sfere limitate di azione che alcuno mostri di attribuirsi non esiste. Siccome l'idea di esercizio del diritto è applicabile a tutti i diritti e quindi, facendone un tutt'uno con quella di possesso del diritto, converrebbe ammettere che tutti sono nel possesso d'infiniti diritti, perchè non c'è quasi azione nostra (ad es. passar per un fondo) od altrui (ad es. non alzare un edificio, consegnarci una cosa) che non possa corrispondere ad un diritto (negli esempi fatti ad una servitù di passaggio, ad una servitù *altius non tollendi*, a un diritto di credito); siccome inoltre la stessa azione nostra od altrui può corrispondere a molteplici diritti (ad es. l'abitare in una casa può essere esercizio di una locazione, di un precario, di un diritto reale d'abitazione o d'uso) e infine questa immagine del possesso di diritti mal s'attaglia a diritti che si esauriscono in un'azione unica nostra od altrui, così la scienza odierna (in antitesi alla medievale e specialmente a quella del diritto canonico che estendeva l'idea di possesso dei diritti all'infinito) tende a restringerla ai diritti sulla cosa altrui, perchè la condotta necessaria alla loro esplicazione è di una persona soltanto, onde è concepibile una presa di possesso per parte di questa per atto unilaterale come è la presa di possesso di cosa, e perchè essi tollerano una continuità o ripetibilità d'azione. Queste ed altre simili restrizioni sono però tutte arbitrarie. È l'idea stessa di possesso dei diritti che va respinta.

Capo II.

IL POSSESSO NEL DIRITTO.

§ 120. — Concetto e norme romane intorno al possesso, il suo acquisto e la sua perdita.

Venendo ora a trattare del possesso nel diritto romano, è da muovere dall'osservazione che anche in questo campo la giurisprudenza romana fu dalla sua indole pratica condotta a seguire nella nomenclatura ora l'uso comune, ora le fonti del diritto, e a non profondire i concetti, ma a dettare sentenze normalmente esatte, benchè talora in contraddizione con le speculazioni, non sempre lodevoli, a cui qualche giurista si diede in materia.

I Romani non definiscono il possesso;[1] ma dall'insieme delle loro sentenze si trae che lo concepivano come una disposizione di fatto che sta fra la presa di possesso e la cessazione del possesso. L'affermazione che il possesso è un fatto e non è un diritto è ripetuta in varie forme: *eam enim rem facti non iuris esse* — *possessio facti est et animi* — *possessio plurimum facti habet.* Il diritto, con cui non vogliono che si confonda il possesso, è la proprietà; scrivono infatti: *separata esse debet possessio a proprietate* — *nihil commune habet proprietas cum possessione* e l'antitesi torna in varie altre espressioni, come ad es. in queste: *non solum autem proprietas.... adquiritur nobis, sed etiam possessio* — *neque possessio neque dominium mihi quaeritur,* ecc. Dall'idea del possesso come fatto trassero varie conseguenze, di cui le più importanti sono le seguenti: il possesso non si trasmette

---

[1] La definizione data da Labeone e contenuta nelle nostre fonti (L. 1, pr. D. 41, 2) non è definizione del possesso, ma della *possessio,* intesa come il « podere, » come il fondo e anzi latifondo. Dal seguito della legge parrebbe il contrario, ma certo qualche brano fu omesso. Il Bonfante dimostrò recentemente come il termine *possidere* sia generalmente usato dai Romani non nel senso di insistere su di una cosa, ma di « signoria. » Ciò conferma il concetto nostro di possesso come « potere, » svolto al paragrafo 118.

ipso iure agli eredi del possessore; l'erede per divenire possessore delle cose ereditarie deve prenderne possesso.[1] Non si succede per tradizione nel possesso. Ogni acquisto del possesso è quindi originario. Il *postliminio reversus* non ricupera col ritorno il possesso. Il possesso non è escluso, perciò che fu acquistato per una causa *iniusta*, come per una donazione di un coniuge all'altro.

La visione della natura di fatto del possesso non impedì però ai giuristi di scorgere che il diritto non sempre attribuiva la situazione giuridica che esso fa al possessore a chi avea la disposizione di fatto, ma ad altri o la negava al possessore per non attribuirla a nessuno. In vista di questo scrivono anche: *cum.... plurimum ex iure possessio mutuetur — possessio non tantum corporis sed et iuris est*, frasi le quali non significano punto che il possesso sia un diritto, ma che accennano alle disposizioni legislative in discorso.

Il concetto romano del possesso come « stato » risulta da molteplici sentenze, nelle quali si suppone che il possessore di un fondo lo lasci deserto senza animo di derelinquerlo, o che pur trovandosi in esso impazzisca; o che impazzisca la persona che lo custodiva per conto del possessore; o che codesta persona lo abbandoni, o muoia e tuttavia si ammette che il possesso perduri. Il perdurar del possesso in quelli fra questi casi, dove cessa il rapporto di custodia colla cosa del possessore o di chi per lui, i Romani lo esprimono dicendo: *animo possessio retinetur*.[2] Qualche incertezza mostrano circa l'effetto dell'occupazione di un fondo nell'assenza del possessore;

---

[1] Non fa eccezione alla regola il fatto che l'erede continua senza bisogno di un atto di presa di possesso il possesso ad *usucapionem* del defunto. La norma ha la sua origine in ciò che codesto possesso era concepito come una situazione giuridica.

[2] La frase *animo retinere possessionem* non è che una maniera scolastica di ammettere che il possesso, sorto che sia, perdura anche cessato il *corpore possidere* o cessato inoltre l'animo. Tanto è vero che per ammettere un *animo retinere possessionem* i giuristi devono giovarsi dell'idea che c'è l'animo, finchè non si voglia non possedere. Così fanno ritenere *animo* il possesso al possessore che impazzisca trovandosi lontano dal fondo; l. 27, D. 41, 2.

discutono infatti se questi ne perda subito il possesso, dato che l'occupante abbia l'animo di possederlo, o se occorra che il possessore rinunci a rioccupare il fondo o che, avendo tentato di rioccuparlo, sia stato respinto. L'incertezza è spiegabile, considerando che la vacanza della cosa può sembrare stabilita quando anche per un solo istante non si trovi resistenza alla libertà d'azione che chi fa la presa di possesso vuole avere circa la cosa, oppure invece solo quando non sia più a temere una reazione del precedente possessore.[1] La seconda opinione è la più plausibile. Anche altre contraddizioni dei testi intorno all'effetto sul possesso della diserzione del fondo da parte del colono, e non del semplice suo allontanamento, dipendono dal vedere qualche giurista nella diserzione una derelizione, mentre altri più giustamente parificava il caso a quelli dell'allontanamento o della morte del colono, per i quali i giuristi sentenziano concordi.

La frase *animo retinere* di cui si è parlato, dipende dalla teoria speculativa dei Romani circa la presa di possesso, che essi volsero a servire anche allo « stato » di possesso, ponendo così la base di un errore durato sino ai nostri giorni.

Lasciando di parlare per il momento della presa di possesso per mezzo di altre persone, per considerare solo la presa di possesso per atto dell'acquirente, essi dissero che si compiva *corpore et animo.* Si compie *corpore* mettendosi l'acquirente ad esercitare un'attività di custodia circa la cosa. Occorre quindi che voglia custodire la cosa. Il che significa che c'è nella presa di possesso un elemento volitivo diverso dall'animo di possedere, che sta rispetto a questo nello stesso rapporto, in cui nella teoria

---

[1] L. 3, § 9, D. 41, 2, *nam constat possidere nos donec aut nostra voluntate discesserimus aut vi deiecti fuerimus* sta per la seconda opinione. Anche in l. 3, § 8, D. eod. l'occupazione del fondo non fa cessare il possesso del possessore assente che quando il possessore *timore conterritus noluerit accedere.* Particolarmente la seconda opinione è espressa in l. 25, § 2, D. 41, 2. La prima opinione risulterebbe da l. 6, D. 41, 2, omessi i termini interpolati: *retinet ergo possessionem is qui ad nundinas abiit.*

dei così detti atti giuridici la volontà della dichiarazione sta a quella espressa o che s'intende di esprimere nella dichiarazione.[1] Occorre inoltre che l'acquirente si trovi sulla cosa o in prossimità ad essa. Siccome le condizioni di fatto necessarie alla custodia costituiscono un presupposto per l'utilizzazione della cosa, così appare che il *corpore adprehendere possessionem* corrisponde alla descrizione fatta al § 118 del requisito dell'apprensione.[2] Ed esso deve perciò essere stato richiesto dai giuristi come manifestazione dell'animo di possedere. Che questa sia la sua funzione e ragione però non dicono.[3]

La presa di possesso si compie *animo,* se si concepisca l'*animus possidendi.* Una definizione dell'animo di possedere manca nelle fonti. Ma dall'insieme dei casi in cui è ammesso risulta che i Romani ne hanno il concetto da noi già esposto, che lo intendono cioè per animo di avere piena libertà d'azione circa la cosa.[4]

---

[1] Se alcuno pone in mano una cosa a chi dorme non si ha l'*adprehensio* anzitutto perchè costui non ha la volontà di custodire; a questa e non all'animo di possedere allude evidentemente Paolo con la frase *affectio tenendi* in l. 1, § 3, D. 41, 2.

[2] Non vi corrisponde però interamente. La nostra formula del requisito dell'apprensione permette di considerar questa compiuta in certi casi anche se l'acquirente non sia in condizioni di custodia rispetto alla cosa (v. alcuni degli esempi fatti a pag. 533, n. 1), or non è certo che i Romani siano giunti a questo. Bisognerebbe che nella l. 55, D. 41, 1 si decidesse che il cinghiale è posseduto da chi pose il laccio quando la belva non possa certamente liberarsene; e ciò non è detto. Le sentenze sul tesoro nascosto (l. 15, D. 10, 4; l. 44 pr.; l. 3, § 3, D. 41, 2) sono indifferenti. Nella l. 18, § 2, D. 41, 2 è sottinteso che la cosa deposta in casa nostra la custodiamo per mezzo di chi custodisce per noi la casa e l'esserci mostrato un fondo da una torre basta bensì a prenderne possesso ma purchè la torre sia sopra un nostro altro fondo vicino.

[3] Non si può sostenere che il diritto romano sia giunto ad ammettere un acquisto di possesso con atti simbolici, ad es. colla consegna dei documenti di acquisto del dominio fatta dall'attuale possessore all'acquirente. Un testo interpolato (l. 1, C. 8, 53), che ammette l'acquisto del possesso di schiavi colla consegna di simili documenti, fa parte del diritto particolare che vigeva rispetto al possesso degli schiavi, diritto sul quale torneremo.

[4] Gli interpreti del diritto romano trassero dalle frasi romane: *corpore et animo possessionem adprehendere; animo possessionem retinere; corpore retinere,* due termini famosi: il *corpus* e l'*animus* del

Con la frase *corpore et animo possessionem adquirere* i Romani non esprimono adunque tutti gli elementi che noi dicemmo necessari alla presa di possesso. Ma va notato che una cosa custodita è apparentemente non libera. Inoltre spesso le fonti dicono che se il possessore è nel fondo o vi è altri che lo custodisce per lui, l'entrare nel fondo che alcuno faccia col proposito di acquistarne il possesso, non lo rende possessore, se non abbia cacciato il possessore o il detentore per lui. Di modo che anche qui la speculazione e la formula teorica va corretta colle sentenze pratiche, e da queste risulta che i Romani esigevano precisamente alla presa di possesso i requisiti che esponemmo nella parte sociologica di questa trattazione, cioè l'apprensione, la vacanza e l'apparenza di non libertà della cosa.

Circa la perdita del possesso ora ci è detto che accade *corpore et animo;*[1] ora *vel animo vel etiam corpore.* Erra chi trae da quest'ultima asserzione l'idea che il possesso si perda non solo perdendo il corpo e l'animo, ma anche perdendo o solo quello o solo questo, ciò perchè, occorrendo i due elementi ad avere il possesso, questo vien meno se ne manca uno. Il principio veduto: *animo retinetur possessio,* dimostra che i Romani non pensarono questo. Effettivamente essi con codeste due frasi, che sembrano contraddittorie, tendono ad indicare in generale vari casi di perdita del possesso. Nei casi in cui il possesso è ritenuto *animo,* avvenendone per date circostanze la perdita, doveano infatti dire che è perduto *animo;* e in certi altri ove si possiede per essi *corpore et animo,* avvenendone per date circostanze la perdita, dovean dire che è perduto coll'uno e coll'altro, oppure col solo animo, a seconda che il possessore abbandona volontariamente la cosa o insiste dopo

possesso; dissero che il possesso risulta da due elementi: uno di fatto, la disposizione fisica, e sarebbe il *corpus,* e l'altro psichico e sarebbe l'*animus possidendi.* Una terminologia sbagliata in sè, e più perchè fa credere che lo « stato » di possesso risulti di codesti elementi; i quali non hanno importanza invece, correggendo il primo al modo veduto al § 118, che nell'acquisto e nella perdita del possesso.

[1] Così rendo *utrumque* nella l. 8, D. 41, 2.

la perdita del possesso ancora su di essa. Queste categorie sotto cui qualche giurista riconduce certi casi e modi di perdita del possesso hanno però tanto poco valore, quanto la frase *animo retinere possessionem.* Il vero pensiero dei giuristi risulta anche qui dalle sentenze pratiche. E allora si trova che anch'essi ammettono perduto il possesso nelle circostanze da noi già indicate; ossia per la morte del possessore, la distruzione della cosa, per cessare l'apparenza di non libertà della cosa [1] e per l'acquisto del possesso della cosa per parte d'altri.[2]

Abbiamo trascurato sinora due elementi della teoria romana del possesso, e sono: la capacità della persona di possedere e la capacità della cosa di essere posseduta. Nei due riguardi la teoria sociologica del possesso subisce profonde alterazioni. È conforme a questa che il diritto antico negasse la capacità di possedere alle persone giuridiche, perchè non erano ancora concepite antropomorficamente, e che il nuovo l'abbia ammessa quando tal concetto fu accolto.[3] È conforme anche ad essa il principio sempre rimasto che l'eredità giacente è incapace di possesso.[4] Invece non vi è conforme l'altro principio che

---

[1] Abbondano gli esempi testuali per i mobili. Per gli immobili si parla solo di uscita del possessore dal fondo che non vuol più possedere; e il possesso cesserebbe per venir meno l'*animus* e il *corpus.* Io credo però che la vera ragione intuita e non detta fosse che chi derelinque un fondo lo lascia in istato di visibile abbandono. Il mero *nolle possidere* non fa perdere il possesso. L. 3, § 6, D. 41, 2 suppone un *constitutum possessorium.*

[2] Degli schiavi eccezionalmente non si perde il possesso anche se sono fuggitivi; nè si perde il possesso delle cose che abbiano in custodia, anche se le portino seco. Il possesso di uno schiavo si perde per i classici se esso si diporti come libero; per i giustinianei, se si diporti lungamente come tale o perda l'animo di ritornare.

[3] Finchè il *municipium* ad es. si considera come la massa dei *municipes* è naturale concludere che il municipio non può possedere; solo quando il *municipium* è concepito come un uomo, si può pensare una sua presa di possesso e quindi un suo possesso. La natura del peculio fece ritenere però al giurista Nerva che i municipii potessero possedere ciò che i servi loro aveano acquistato per il loro peculio (l. 1, § 22, D. 41, 2). Si ricordi in proposito la posizione specialmente favorevole dei *servi publici* rispetto al loro peculio.

[4] Il principio non impedì come si vide che si permettesse all'erede di computare per il compimento dell'usucapione il tempo, in cui la cosa

nega la capacità di possedere ai servi, ai *liberi homines bona fide servientes,* e ai figli di famiglia rispetto alle cose che non entrino nel loro peculio castrense o quasi castrense. La regola dipende dal motivo già veduto che il diritto non può andar contro ai propri fini. Riconoscere infatti come capaci di possesso il servo od il figlio avrebbe importato ammettere che possano acquistare, se in buona fede, i frutti della cosa posseduta, divenire proprietari di questa per usucapione, poter agire cogli interdetti, cioè insomma attribuir loro una possibilità di acquisti e di azione, che era in aperta contraddizione colla struttura della famiglia romana, quale il diritto stesso sanciva.

Circa alle cose possedibili è conforme alla teoria sociologica del possesso il principio romano che non si possa possedere nulla che non entri nell'idea di cosa corporale. Quindi anzitutto non si può possedere un uomo libero. Si ammetteva però il possesso su di un *liber homo bona fide serviens* da parte di chi ignorasse il suo stato di libero, perchè, in questa presupposizione, il diritto parificava nei riguardi dell'avente potestà il *liber homo* allo schiavo.

Inoltre poichè è il pensiero sociale che dà, nel campo dei poteri reali, individualità alle cose (§ 71), così è palese che non si può possedere una cosa che sia considerata socialmente come parte di un'altra;[1] nè le università di cose (come un gregge) perchè il pensiero sociale non vede in queste una cosa, ma più cose. Sono invece possedibili in date circostanze parti reali di cosa mobile; così ad es. è possedibile uno stallo di un banco composto di più stalli.

Costituisce invece una deviazione dalla teoria accennata, che ha la stessa ragione delle deviazioni esposte

---

apparteneva all'eredità giacente. È anche questa una manifestazione della natura giuridica scorta dai Romani nel possesso *ad usucapionem*.

[1] Sulla alterata l. 30, § 1, D. 41, 3, vedi il mio lavoro *Possesso di parti di cosa* negli *Scritti per l' VIII centenario dell' Università di Bologna,* pagg. 277-317.

dianzi, il non ammettersi possesso di cose *extra commercium.*

Come appare, i Romani non vollero che valesse per possesso di fronte al diritto un possesso che non appartenesse a persona capace di proprietà e che non cadesse su cosa capace di proprietà. La proprietà sociale, che è il possesso, non era ammessa che dove era ammessa la proprietà giuridica.

La capacità di possedere delle persone e di essere possedute delle cose richiesta dal diritto, contro ciò che importerebbe il concetto del possesso in sè, fa sì che ai casi contemplati di perdita del possesso se ne aggiungano altri due e sono: il divenir la persona che possedeva incapace di possedere, o la cosa posseduta incapace di essere posseduta.

Un possesso che il diritto non riconosce come presupposto di acquisti, nè di azioni da parte del possessore, assume nelle fonti il nome di *possessio naturalis.* Questo nome però non è particolare ad esso; vien dato anche alla relazione colla cosa in cui è chi, senza essere possessore, eserciti un'attività di custodia rispetto ad essa e quindi si trovi nelle condizioni fisiche necessarie alla custodia. È possessore naturale anche il guardiano di un fondo, nell'interesse del proprietario o del possessore. Talora i Romani in simili casi invece che parlare di *possessio naturalis* negano senz'altro che esista il possesso. Il fenomeno terminologico, oltre che spiegarsi colle considerazioni già svolte in proposito,[1] ha la sua causa nella formula dell'interdetto *uti possidetis.* Siccome il pretore lo accordava testualmente a chi « possedeva, » dove si volea negare che l'interdetto competesse, conveniva per forza negare il fatto del possesso, benchè vi fosse la *possessio naturalis* nel primo o nel secondo dei sensi veduti. Per antitesi il possesso protetto cogli interdetti possessorii si dice *possessio civilis.* Le difficoltà che s'incontrano ad accettare questo senso di *possessio civilis* dipendono da alterazioni delle nostre fonti, per le quali dinanzi al

[1] V. pag. 539.

diritto giustinianeo un senso plausibile di *possessio civilis* e quindi anche per antitesi di *naturalis* non è più rinvenibile.

L'organizzazione della famiglia romana e l'indole di proprietà sociale del possesso permisero che si potesse acquistare il possesso per mezzo di schiavi anche in fuga, di un *liber homo* posseduto in buona fede e di figli.[1]-[2] La presa di possesso da questi compiuta importava acquisto del possesso per parte della persona a cui erano sottoposti, se questa manifestava l'animo di voler possedere, o incaricandoli di prender possesso o ratificando la presa di possesso avvenuta; l'acquisto si verificava, se v'avea l'incarico, pur senza sapere che questo era stato eseguito. Questo animo richiesto nell'acquirente non è elemento della presa di possesso, che resta atto dello schiavo e del figlio, in quanto essi manifestano sempre per il diritto la volontà propria di avere libertà d'azione circa la cosa; è invece elemento perchè la presa di possesso compiuta dal dipendente giovi a far acquistare il possesso al *pater* o *dominus;* non si volea che questi acquistassero una potestà che presenta più responsabilità che vantaggi, com'è il possesso, senza il loro volere.[3] Il possesso era acquistato nel tempo classico all'avente potestà, anche se il servo o il figlio aveano l'animo di prender possesso per

---

[1] Gaio II, 90: *per eas vero personas quas in manu mancipiove habemus proprietas quidem adquiritur nobis ex omnibus causis sicut per eos qui in nostra potestate sunt; an autem possessio adquiratur quaeri solet, quia ipsas non possidemus.*

[2] Avverto sin d'ora che tratterò solo dell'acquisto del possesso per atto di terzi; non parlerò della perdita del possesso in caso, come mal si dice, di rappresentanza, perchè non vi sono principii particolari in proposito. Non si ha che applicazioni delle regole generali sulla perdita del possesso.

[3] La presa di possesso da parte del sottoposto va trattata come la *mancipatio* ad es. in relazione all'acquisto del dominio. L'atto d'acquisto è compiuto tutto dal sottoposto; l'acquisto si verifica immediatamente nel capo del padre o del domino, ma diversamente dal caso di *mancipatio,* purchè voglia l'acquisto. Il servo in altri termini funge anche nella presa di possesso come organo, anzichè come rappresentante; soltanto è un organo eccezionale, che compie l'acquisto a favore di persona che può esser capace di volere.

terzi. In diritto giustinianeo invece si esclude l'acquisto del possesso del *pater* e del *dominus*, se il sottoposto lo vuole acquistare a terzi.[1] Nel caso che il sottoposto compisse la presa di possesso di cosa destinata ad entrare nel suo peculio, necessità logiche e pratiche evidenti, quando si ricordi la natura e la funzione del peculio, condussero ad ammettere che il possesso fosse acquistato al padrone o al padre, anche se mancava l'incarico o la ratiabizione. In questa ipotesi, siccome sempre chi acquista per il proprio peculio ha l'animo di possedere per sè, così il figlio, che sia divenuto a sua insaputa *sui iuris*, acquista il possesso, anche se si creda ancora *alieni iuris*.[2]

La possibilità di acquistare il possesso per mezzo di servi condusse a poterlo acquistare per mezzo di persona libera *extranea*, ossia straniera alla famiglia. Infatti troviamo che si potè acquistare anzitutto per mezzo del *procurator*, il quale era normalmente un servo liberato, che aveva già funzionato come servo e continuava a fungere come libero quale amministratore generale dei beni del padrone. Nulla di più naturale che si finisse coll'ammettere, sotto la spinta di bisogni pratici, che la sua nuova condizione di libertà non impedisse l'acquisto del possesso al padrone. Ciò avvenne circa l'età dei Severi. In seguito, forse soltanto con Giustiniano, si venne ad ammettere acquisto del possesso per mezzo di terza persona libera qualsiasi. Trattandosi di presa di possesso da parte di un estraneo, occorreva al suo compimento un incarico generale che comprendesse la facoltà di acquistare il possesso o un incarico speciale di prender possesso dato da chi volea acquistarlo e la presa di possesso coll'animo di acquistare libertà d'azione circa la cosa non a sè ma al

---

[1] Si ricordi però quanto si disse ai §§ 20, 106 sul servo in comproprietà e in usufrutto. Nei limiti in cui l'acquisto del dominio per parte di un simile servo va a beneficio di un solo condomino o dell'usufruttuario, va a beneficio di questi anche la presa di possesso che egli compia e la direzione della volontà del servo ha uguale influenza nei due casi.

[2] Questa la sentenza giustinianea in l. 44, § 4, D. 41, 3; è dubbio però se fosse anche la classica, essendo verisimilmente il testo interpolato.

mandante da parte del terzo.[1] In diritto giustinianeo si esige sempre il mandato speciale. Al mandato equivaleva la ratiabizione. Il possesso era acquistato al mandante nel momento in cui la presa di possesso seguiva, anche se non sapeva che era avvenuta. Il terzo sostituisce adunque, come si avvertì, l'acquirente solo nell'apprensione come manifestazione di volontà, e nella creazione, ove occorra, dei requisiti della vacanza della cosa e dell'apparenza di non libertà. L'animo va concepito dall'acquirente; l'animo del terzo è richiesto solo perchè se il terzo avesse voluto acquistar il possesso per sè, l'avrebbe acquistato lui; e mettendosi in rapporto di custodia colla cosa, avrebbe manifestato l'animo proprio e non l'altrui.

Si è fuori del caso di acquisto per mezzo di persona libera estranea, trattandosi di così detti rappresentanti legali di persone, come tutori, curatori, amministratori di persone giuridiche. Questi rappresentanti infatti sono, come si notò (§ 12), gli organi stessi del volere e dell'azione della persona che rappresentano. E quindi la presa di possesso da essi compiuta come organi di questa, il che suppone in essi la volontà di acquistare il possesso alla persona stessa e non a sè, procura al rappresentato il possesso. Questa possibilità che tutori, curatori, amministratori fungano come organi della persona in tutela, curatela, o della persona giuridica in relazione all'acquisto del possesso sembra essere stata ammessa solo da Giustiniano.[2]

---

[1] Paolo V, 2, 2 non ammette acquisto di possesso per mezzo del procuratore se il *dominus* è assente; allora esige la ratiabizione. Il principio non può dipendere che da ragioni di pratica utilità. Non si volea che il procuratore acquistasse il possesso che finchè era sotto la sorveglianza del *dominus*. Circa il caso che alcuno trada al procuratore una cosa per il suo principale e questi voglia acquistare il possesso a sè abbiamo una celebre antinomia fra l. 37, § 6, D. 41, 1, e l. 13, D. 39, 5; l'ultimo testo è interpolato.

[2] Si è pur fuori del caso d'acquisto del possesso per mezzo di altra persona, ma per diversa ragione, dove il terzo non sia incaricato che di un atto materiale, come, ad esempio, di custodire una cosa, o di andare a ritirarla e di portarcela. Compiendo il terzo, che chiamerò commesso, questo atto, è il committente che compie tutta la presa di possesso.

Avvenga la presa di possesso direttamente o per mezzo d'altri, è palese che sia la persona che compie l'apprensione, come l'acquirente per mezzo d'altri, in quanto si domanda un suo incarico o una sua ratiabizione alla presa di possesso o all'apprensione fatta da altri, devono trovarsi naturalmente capaci di volontà per poter acquistare il possesso. Essi devono infatti volere l'acquisto di una libertà d'azione per sè o per altri circa la cosa. Quindi secondo il diritto classico nè un infante nè un furioso poteano prendere possesso per sè o per altri. Poteano invece le donne e gli impuberi che fossero *infantia maiores*. L'intervento dell'*auctoritas tutoris* non era necessario, nè possibile, perchè l'atto era tale da poter esser da essi soli compiuto e come *res facti* il possesso era per codeste condizioni naturali di capacità d'azione acquisito. Alessandro Severo ammise eccezionalmente acquisto di possesso per atto dell'infante a suo favore di cose donategli e tradite, una disposizione su cui si è molto discusso e molto si discuterà per mettere in essa una logica, di cui manca. Giustiniano mantenne l'incapacità di prender possesso del furioso. Quanto alla capacità del pupillo non è ben chiaro che cosa abbia inteso di stabilire. Sembra che richieda sempre l'*auctoritas tutoris*, salvo il caso che il pupillo sia di tale età da avere l'*intellectum possidendi*, nel quale caso è dispensato dall'*auctoritas*.[1]

---

[1] Le fonti circa a questa questione sulla capacità del pupillo sono ridotte dai compilatori in una condizione, da cui è difficile trarre una conclusione positiva. Per l'opinione espressa nel testo mi fondo su l. 1, §§ 9, 11, D. 41, 2, avvertendo che nell'ultimo paragrafo è interpolata tutta la frase: *sicut pupillus maxime tutore auctore adquirit possessionem*. Così opina anche BONFANTE[2], pag. 311, n. 3. La l. 1, § 3, D. eod. non parlava che del *furiosus*, e soltanto colla citazione di Ofilio e Nerva veniva a parlare del pupillo. Giustiniano ora prima nella stessa legge vuole per l'acquisto del pupillo l'*auctoritas tutoris*, poi, riprodotta l'opinione di Ofilio e Nerva a favore dei pupilli, la limita con un'ipotesi (*quae sententia recipi potest, si eius aetatis sint ut intellectum capiant*) che codesta opinione presupponeva, e che acquista presso di lui il valore di un limite all'esigenza dell'*auctoritas*. La quale diventa una superfluità, dove il pupillo ha l'*intellectum* e una incongruenza storica dove non l'abbia, perchè l'*auctoritas* non è interponibile per atti di infanti. A che pro poi l'*auctoritas* in questa

Per giudicare se esiste il proposito di acquistare una libertà d'azione, o una disposizione diversa [1] in chi si mette in rapporto di custodia con una cosa o in chi vuole che altri si metta a suo beneficio in codesto rapporto, se vi sia cioè l'*animus possidendi*, i Romani si giovano del seguente criterio. Chiamando terzo la persona che non sia l'avente potestà nè il rappresentato o il committente rispetto a chi inizia una custodia su di una cosa, v'ha l'animo di possedere in chiunque inizi una custodia o rispettivamente voglia che altri l'inizi a suo beneficio, se non invoca come ragione rispettivamente dell'atto suo o di codesta volontà la volontà di un terzo, della quale lo stabilimento della custodia valga per attuazione. [2] Se invoca una ragione simile allora non vuol possedere, a meno che non invochi un titolo di trasmissione del dominio [3]

---

ipotesi, se è ammesso da Giustiniano che il tutore e il curatore acquistino per atto proprio il possesso al pupillo e al furioso?

[1] Non è adunque in questione trattando dell'animo di possedere che il contenuto suo e non la sua direzione quanto alla persona (propria, od altrui) a cui si voglia acquistato il possesso. Si tratta di determinare soltanto quando, custodendo, si manifesta l'animo proprio o l'animo altrui di avere libertà d'azione circa una cosa, o si manifesta un animo di diverso contenuto. Così pure si tratta di sapere, nei casi in cui si volle la custodia altrui, se la si volle per avere libertà d'azione o per altro scopo. — È, più che inutile, erronea ogni ricerca dell'animo di possedere a stato di custodia stabilito, per ammettere od escludere il possesso, perchè, giova ripeterlo, l'esistenza del possesso dipende dal momento iniziale della custodia. — Ed è ugualmente erroneo operare con esso per escludere l'acquisto del possesso in chi agì come rappresentante, od organo, necessario o meno, o come commesso, perchè chi agì come tale iniziando la custodia della cosa non acquista il possesso in ragione dell'aver agito appunto come tale, per aver cioè posta necessariamente (come nel caso del servo e del figlio) o volontariamente la sua attività corporale e psichica a servizio d'altri.

[2] L'animo di possedere si riconosce perciò in chi occupa una cosa che crede di nessuno, in chi invade il fondo da altri posseduto; tanto più lo si riconosce nel proprietario che toglie a forza la sua cosa ad altri; lo si riconosce nel ladro, nell'inventore di un tesoro, in chi occupa una cosa come erede, ecc.

[3] In questo caso si capisce che chi vuol possedere la cosa in attuazione della volontà altrui che il dominio gli sia trasferito non può che aver la volontà del propriétario, che è di libertà d'azione. — Comprendo tra i titoli di trasmissione del dominio anche i titoli per cui si acquistava la proprietà pretoria.

od uno dei seguenti: precario, pegno, enfiteusi, superficie, e, nel diritto giustinianeo, sequestro.[1]

Le persone che esercitano la custodia di una cosa senza esserne possessori, si dicono dagli interpreti detentori.

Quando alcuno abbia iniziato un'attività di custodia circa una cosa a un dato titolo, non può mutar questo per possedere ad altro titolo, o per mutarsi da deten-

---

[1] Che si sia ammesso l'animo di possedere nell'enfiteuta e nel superficiario che prendono possesso della cosa per la volontà di chi costituisce o trasferisce loro l'enfiteusi o la superficie è facile intendere. Nel diritto avanzato costoro erano una specie di proprietari. Avvertiamo però che è ancora assai controverso se l'enfiteuta e il superficiario possiedano. Meno spiegabile è che lo si sia ammesso nel precarista, per chi si fermi al dovere del precarista di restituir la cosa ad ogni richiesta del concedente. Diviene spiegabile, se si pensi che la cosa non gli era di fatto mai tolta, onde anche egli era una specie di proprietario. Al creditore pignoratizio si riconobbe l'animo di possedere, considerando l'animo suo come pari a quello del creditore fiduciario. Non si nega l'influenza di bisogni pratici. Non osta ad ammettere l'*animus possidendi* del precarista e del creditore pignoratizio la l. 22, § 1, D. 9, 4 ove si dice di entrambi: *licet enim iuste possideant non tamen opinione domini possident.* La sentenza è provocata dalle norme sulla responsabilità nossale. Se possedeva, come par probabile, nel diritto preclassico l'usufruttuario, ciò era ancora per la natura di proprietà interinale dell'usufrutto. Il caso del sequestratario è nelle fonti confuso. L'animo di possedere gli fu attribuito per ammetterlo a godere degli interdetti. Si negò l'animo di possedere all'usufruttuario, depositario, commodatario, conduttore di cosa, ecc., tutti esempi di casi, in cui iniziando una custodia della cosa o volendo la custodia altrui ci si richiama alla volontà altrui cioè del costituente l'usufrutto, del depositante, ecc., o perchè non lo si vide presente o perchè non lo si volle vedere, premendo che la protezione interdittale rimanesse al proprietario o a chi dava la cosa in deposito, commodato, ecc. Noi adunque riteniamo che la giurisprudenza non abbia ammesso casi di possesso senza riconoscer presente l'animo in discorso, nè li abbia negati senza negare che fosse presente. Ma riconosciamo anche che in questo ammettere e negare abbia influito la volontà di dare o di non dare gli interdetti. Altri opina che l'animo di possedere sia volontà di condursi come proprietari, un proposito cioè di fare, quando ci piaccia e sia materialmente possibile, tutti gli usi pensabili di una cosa. Perciò qualificano i casi di precario, pegno, enfiteusi, superficie, sequestro come casi di possesso «anomali.» Per altri ancora i Romani decisero dei casi di possesso senza riguardo all'animo di possedere, ma per soli motivi pratici.

tore in possessore con un solo atto interno di volontà, ma soltanto con atti esteriori che importino una nuova presa di possesso, se era già possessore, o una presa di possesso se era detentore.[1] Ugualmente non può chi possiede con un atto interno di volontà cessare di possedere per divenire detentore. Deve verificarsi un atto d'acquisto del possesso da parte d'altri ed essere costituito a favore del già possessore il titolo della detenzione.[2]

Due persone non possono possedere in solido la stessa cosa. Ammesso però il possesso a favore del precarista e del creditore pignoratizio, siccome da un lato essi non meritavano che di essere protetti cogli interdetti e dall'altro, negando il possesso contemporaneo del concedente a precario e del debitore, si avrebbe ingiustamente privato entrambi della possibilità di usucapire la cosa, in quanto che non si usucapisce senza possedere, così la giurisprudenza disse che in tali casi il concedente a precario e il debitore restavano possessori nei soli riguardi dell'usucapione, mentre per tutte le altre cause erano possessori il precarista e il creditore.[3]

---

[1] I Romani esprimeano la norma dicendo: *nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest.* In forza di questa regola chi possiede un fondo *pro emptore* non può utilmente concepire il volere di possederlo *pro donato;* lo possederà così se gli sarà donato e starà sul fondo al nuovo titolo. E se alcuno è detentore, ad es. come usufruttuario, non potrà divenir possessore, col solo concepire la volontà di non riconoscere più il possesso del proprietario; converrà che egli ad es. respinga il proprietario nell'atto che va per entrare nel fondo; allora vi resterà come invasore; oppure che comperi il fondo dal proprietario e allora possiederà *pro emptore.* La tradizione della cosa a un detentore dicesi *traditio brevi manu,* perchè scompare la esteriorità di una consegna, pur verificandosi acquisto del possesso da parte del detentore.

[2] Così ad es. il proprietario possessore di una cosa non può a un certo momento volere utilmente detenerla per altri; ma ben può alienarla per tradizione ad uno, il quale gli lascia detenere la cosa come conduttore. La sostituzione fatta a questo modo di una detenzione al possesso dicesi *constitutum possessorium.*

[3] La possibilità di una *possessio plurium in solidum* era dall'antica giurisprudenza riconosciuta in un altro caso. Dicesi nelle fonti *iniusta* la *possessio* che il diritto non protegge in un conflitto con un possessore precedente, la *possessio* del quale per antitesi si dice

Circa al compossesso i Romani operarono come circa la comproprietà, concependolo ora come possesso di tutta la cosa, ora come possesso di cosa pensata: la quota ideale di cosa. Ma qui il gioco di passare via via dall'una all'altra idea, secondo che, per giungere a una sentenza corrispondente alle necessità pratiche, conveniva far ricorso all'una o all'altra, non diede i risultati felici che diede loro nella comproprietà. Il compossesso inoltre fu ammesso solo per applicare la teoria della comproprietà. Compossessori che non siano comproprietari o che non compossiedano la cosa *ad usucapionem* non si trovano considerati. Il compossesso serve quindi a spiegare l'acquisto per usucapione della comproprietà, l'acquisto parziale dei frutti, la tradizione della quota, ecc. e non ad altri fini.

Il possesso dei diritti fu apertamente negato dai Romani.[1] L'usufruttuario è quasi possessore di cosa, e non dell'usufrutto, per riguardo alla protezione utile interdittale che gli viene accordata.

L'esercizio di certi diritti di servitù fu, come si vide, titolo fino ab antico a una protezione interdittale, e fu elevato da Giustiniano a titolo di acquisto per usucapione dei diritti stessi; ma nè i classici, nè Giustiniano parlano in tali casi di possesso dei diritti.

Con termini vari, tra cui è pure quello di *tenere,* i Romani indicano o il possesso non protetto, o il mero esercizio di una custodia. Ma non hanno una teoria della detenzione. Per indicare le condizioni di disponibilità che rendono convenibili certe persone, essi parlano di una *facultas* di fare ciò che si domanda loro, così parlano ad es. di *facultas exhibendi, restituendi;* parlano anche

iusta. Il possesso ingiusto è in tale ipotesi l'unico esistente; ma siccome nel conflitto col possessore precedente questi o vince, recuperando il possesso, o almeno non perde (v. la nota 2 a pag. 562), così qualche antico giurista, pensando che l'uno è possessore di fatto, ma gli si nega la protezione, e l'altro non possiede di fatto, ma nel conflitto vince o non perde come se fosse possessore, s'indusse a dire che entrambi possiedono. I giuristi più recenti respinsero questa idea.

[1] Gaio 4, 139 parla di *quasi possessio;* forse è un glossema; in ogni caso non allude certo al possesso di diritti.

talora negli stessi casi di *in possessione esse*, di *possessio naturalis*, ma questi termini allora non hanno diverso significato da codeste *facultates*. Dove considerano le condizioni di custodia, in cui alcuno si pone o si trova rispetto a una cosa, e che vanno a vantaggio d'altra persona, in quanto per esse o si compie una presa di possesso a favore di questa, o si mantiene ad essa uno stato di possesso esistente, dicono che costui: *possessioni alienae praestat ministerium*. Ma noi vedemmo che questo *ministerium* può cessare e il possesso permanere ugualmente, finchè la cosa si conservi apparentemente non libera. Non occorre del resto un rapporto giuridico fra possessore e detentore perchè lo stato di possesso perduri: un ospite, un amico che sia nel fondo ne conserva il possesso al possessore.[1]

§ 121. — Le azioni possessorie.

Si dicono azioni possessorie quelle che, avendo a loro presupposto soltanto il possesso, servono alla sua conservazione o al suo ricupero, se fu perduto.[2] Sono tali soltanto gli interdetti *retinendae* e *recuperandae possessionis*.[3]

---

[1] L. 9, D. 41, 2.

[2] Il modo con cui il diritto romano protegge il possesso corrisponde alle osservazioni fatte a pag. 538, n. 1; vedremo infatti che non è protetto in ogni caso, ma soltanto allorchè si verificano certe date ipotesi, stabilite evidentemente al fine che la protezione possessoria resti contenuta entro i limiti necessari, perchè con essa si raggiungano gli scopi sociali, che sono la ragione della protezione stessa. Basta accennare che non c'è azione per il ricupero di un possesso perduto a caso o per errore o per opera non violenta d'altri; nè lo si ricupera effettivamente che da chi ce ne spogliò e purchè possieda. Le stesse azioni di ricupero hanno efficacia limitata in diritto classico per l'eccezione di viziosità; che però scompare nel caso di sottrazione con uomini armati; e scomparirà, per una maggior cura della pace sociale, in diritto giustinianeo in ogni caso di sottrazione violenta, per non rimanere che nelle azioni di manutenzione, dove mirava sino ab antico a guarentire i possessi solo quando il guarentirli contro chi li turbava non fosse una sanzione di una violenza, di un'astuzia, di una frode a danno di questo.

[3] Non sono azioni possessorie gli interdetti *adipiscendae possessionis*. Tali sono ad es. l'*interdictum quem fundum, Salvianum, quorum bonorum*.

Gli interdetti *retinendae possessionis* sono due: l'interdetto *uti possidetis* e l'interdetto *utrubi*.

La formula del primo variò nel tempo. Ce ne è tramandata una più antica da Festo, ed una più recente che apparteneva all'editto giulianeo.[1] Le differenze tra le due formule non sono essenziali e si possono qui trascurare. Movendo dall'ultima e dai commenti che ne fanno i classici, si ha che il pretore tutelava coll'interdetto chi fosse stato turbato nel possesso di un fondo,[2] purchè non lo

---

[1] La formula di Festo è: *uti nunc possidetis eum fundum quo de agitur, quod nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis, adversus ea vim fieri veto.* La formula dell'editto giulianeo citata in l. 1, pr. D. 43, 17, è: *uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto.* — Molto verisimilmente dopo *uti* stava nell'editto giulianeo il *nunc*, che è in quella di Festo; furono i compilatori ad ometterlo.

[2] L'interdetto era quindi sperimentabile ad es. perchè alcuno avea impedito al possessore di edificare nel fondo posseduto, o di coltivarlo; perchè era entrato in esso arbitrariamente contro il divieto del possessore, ecc., in generale per ogni atto avente il significato di una pretesa di diminuire la libertà d'azione del possessore circa la sua cosa. — Basta la minaccia di una turbativa? I più rispondono di sì, in base a l. 20, § 1, D. 43, 24. *Prohibitus autem intellegitur quolibet prohibentis actu, id est vel dicentis se prohibere;* ma i principii dell'interdetto *quod vi aut clam* mal si possono applicare all'*uti possidetis.* — L'interdetto, per quanto già diciamo nel testo, non è sperimentabile da chi non possieda al momento della sua emanazione, e quindi non serve nel caso di spoglio. — Il possedere viziosamente di fronte ad altri, ma non di fronte all'avversario, non impedisce che si vinca coll'interdetto. — Gravi questioni esistono circa ad altri punti. Siccome il pretore ordinava che non si facesse violenza in avvenire, occorreva che oltre alla violenza passata ne seguisse una nuova? Per noi, sì. Dovea essere reale? Per noi, no. Per noi, emanato l'interdetto, sempre le parti doveano usarsi reciprocamente una violenza simbolica (*vis ex conventu*) onde procedesse la lite (Gaio, 4, 170). Sorvoliamo sul quesito agitato, se la *vis ex conventu* fosse o no identica alla *deductio quae moribus fit*, di cui parla Cicerone *Pro Tullio*, 8; *Pro Caec.*, 1, 7, 11. L'interdetto è duplice; è concepito cioè come se entrambe le parti pretendessero di possedere. *Quid* ora se la parte convenuta non accampa questa pretesa? L'interdetto diveniva *simplex?* Per noi, no. Il convenuto dovea asserire di possedere *pro forma* e far tutto ciò che occorreva perchè procedesse la lite, salvo ad incorrere altrimenti nelle conseguenze descritte in Gaio, 4, 170, e in altre ancora che soddisfaceano pienamente l'attore, ma che il testo mutilo non ci dice. Il pretore proteggeva coll'interdetto

raramente provocare a tal fine un *populiscitum* da quando i plebisciti furono parificati pel valore alle leggi. Ed anche dei plebisciti si fece scarsissimo uso da quando prese importanza l'editto del pretore.

Celeberrima fra le leggi romane è la legge delle XII tavole, che sarebbe stata composta da una magistratura costituente[1] (i *decemviri legibus scribundis*) fra il 303 e il 305 d. R. Questa fu considerata dagli antichi come la fonte e il fondamento di tutto il loro diritto civile privato e in parte anche del pubblico;[2] la si apprendeva a memoria nelle scuole; era popolarmente nota e la giurisprudenza preclassica e classica la commentò ripetutamente ed amorosamente.

La fede antica e universale sull'esistenza di una simile legge è ora un po' scossa. V'ha chi ritiene che si sia innanzi non ad un codice composto in una data epoca dai poteri pubblici, ma ad una raccolta di massime o di precetti giuridici dettati in vari tempi, e riuniti al più presto a mezzo il IV o persino, secondo qualche scrittore, tra il III e il II secolo a. C.[3] La discussione scientifica in proposito può dirsi che abbia condotto a far seriamente dubitare della tradizione storica per quanto si

---

[1] V'ha evidente contraddizione tra l'idea di una magistratura costituente e un'approvazione della legge da parte dei comizi. Ma nel testo ci limitiamo a riferire la tradizione.

[2] *Fons omnis publici privatique iuris* la dice Livio, 3, 34. Cic. de or. 1, 43 afferma di essa che contiene *totam civilem scientiam*. Ma in realtà vi predomina il diritto privato; al diritto pubblico appartengono le norme sul processo civile, e poche disposizioni appartenenti al diritto e la procedura penale, al diritto costituzionale e sacrale.

[3] Chi primo affermò questa idea del carattere non sincrono della legislazione decemvirale fu il PAIS, *Storia di Roma*, I, pag. 558 segg., e *Saxum Tarpeium*, pag. 17, la tesi del quale fu accettata ed esagerata dal LAMBERT, *La question de l'authenticité des XII tables*. I più si mostrano negativi o almeno molto peritanti rispetto alla tesi del PAIS. Il lettore italiano è bene informato della questione dal BONFANTE, *Storia del diritto romano*, pagg. 57 segg., e PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, 1, pagg. 39-58. Mi limito a citare i nomi degli altri principali scrittori che studiarono la questione e sono COSTA, GIRARD, APPLETON, G. MAY, ESMEIN, BRÉAL, il quale ultimo nel *Journal des savants*, novembre 1902, pag. 599 segg., studia particolarmente rispetto alla controversia in discorso la lingua delle XII tavole.

riferisce alla magistratura dei decemviri e a tutte le notizie relative, ma anche ad assegnare alle disposizioni cosiddette decemvirali una data antica che coinciderebbe a un di presso con quella della tradizione o almeno non ne sarebbe più recente di oltre un secolo. Sul punto però se siano una legislazione sincrona o una raccolta di massime e di precetti, non pare che si sia ancora pervenuti a risultati certi.

La scienza giuridica romana parifica alla legge la consuetudine e non ne fa, come si accennò, una fonte autonoma di diritto. Essa dice costantemente di essa che sta *pro lege*, in quanto è un *iussus populi* espresso nell'uso, anzi che mediante il suffragio.[1] L'insistenza in questa spiegazione del fondamento della validità della consuetudine dipende precisamente da ciò che la giurisprudenza romana era a conoscenza di normè nate solo nell'uso; or, poichè nessuna fonte di diritto sanciva il valore della consuetudine, essa non avea altro modo, dati i principii della costituzione romana, di spiegare la loro forza obbligatoria e il loro carattere civile che riducendole sotto l'idea della legge comiziale, facendone una *lex lata sine suffragio*. Essa fa in sostanza per la consuetudine quel che probabilmente fece per i senatusconsulti che acquistarono valore di legge dopo che i comizi elettorali erano stati trasferiti nel Senato e questo così avea assunto la rappresentanza popolare; quello che certo fece per le costituzioni imperiali, il valore legale delle quali giustifica con un trasferimento della propria potestà legislativa fatta dal popolo all'im-

---

[1] L. 32, § 1, D. 1, 1. Iul. *inveterata consuetudo pro lege non immerito custoditur;* l. 33, D, eod. Ulp. *diuturna consuetudo pro iure et lege observari solet;* l. 35, D. eod. Herm. *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata veluti tacita civium conventio .... servantur.* L' idea espressa nel testo spiega anche la frequenza della frase *legibus et moribus:* l. 9. D. 1, 1. Gai. *omnes populi qui legibus et moribus reguntur;* l. 19 pr. D. 49, 15. Paul. *moribus legibus constitutum:* l. 5. § 1, D. 50, 12. Callist. *legibus et moribus comprobatus.* I filosofi, i retori e i grammatici romani concordano in questo punto colla giurisprudenza. Naturalmente in quanto il diritto consuetudinario non è espresso in una legge comiziale si dovea e si potea anche dire che la vetustà lo approvò *sine lege;* e si potea contrapporre la legge al costume.

Gli interdetti *recuperandae possessionis* all'età di Cicerone erano due: detti l'uno *de vi* (*non armata*), l'altro *de vi armata*.[1] Servivano a ricuperare il possesso di un fondo nel caso che se ne fosse spogliati. Presupponevano entrambi il possesso dell'attore[2] nel momento che era spogliato (*deiectus*) del possesso; e che lo spoglio fosse avvenuto per una *vis atrox* tale da fare impressione anche su di un uomo costante.[3] La *vis atrox* richiesta per l'uno era una qualunque violenza: per l'altro una violenza esercitata collettivamente da un nucleo armato d'uomini. Attore era in entrambi il possessore *deiectus*; convenuto la persona che avesse fatta l'espulsione o personalmente o per mezzo di un procuratore, di un servo, di un figlio, anche se non possedeva più la cosa.[4]

L'interdetto *de vi* (*non armata*) ammetteva l'*exceptio vitiosae possessionis*, l'altro non la ammetteva; troviamo

---

[1] La formula del primo era: *unde tu aut familia aut procurator tuus illum aut familiam aut procuratorem illius in hoc anno vi deiecisti, cum ille possideret, quod nec vi nec clam nec precario a te possideret, eo restituas.* La formula del secondo era: *unde tu aut familia aut procurator tuus illum vi hominibus coactis armatisve deiecisti, eo restituas.* Si discute senza che si abbia indizi che rendano possibile una discussione non che una decisione, se sono anteriori o posteriori agli interdetti precedenti.

[2] Per altri basta nell'interdetto *de vi armata* la mera detenzione.

[3] Non era necessaria l'espulsione materiale. C'è spoglio, anche se il possessore si ritira dal fondo visti uomini armati diretti ad occupare il fondo a forza, o se, essendosene assentato, il detentore del fondo in suo nome gl'impedisce colla violenza di rientrarvi. D'altro lato non basta il sospetto di una violenza, per cui si abbandona il fondo, ad aver lo spoglio violento; occorre una violenza effettiva.

[4] Non pensiamo però, come molti aggiungono, anche se non ne abbia preso possesso. Ciò non risulta dalle fonti ed è in sè illogico, perchè, *ceteris paribus*, l'espulsione di alcuno da una cosa non accompagnata da presa di possesso non fa cessare il suo possesso, per lo stesso motivo per cui non lo fa cessare il suo abbandono della cosa, senza *animus derelinquendi*, per la minaccia di un pericolo prodotto per forze naturali, ad es. un terremoto, un incendio che si approssima al fondo, un animale pericoloso entrato in questo, ecc. Difficoltà a questa idea fa l'ammettersi uno spoglio compiuto dal servo o dal figlio *insciente domino vel patre;* ma trattandosi di queste persone, non è esclusa una loro presa di possesso; soltanto è escluso per mera prescrizione di diritto che dalla loro presa di possesso derivi il possesso per loro.

però nominata un'altra eccezione: *quod tu prior hominibus armatis non veneris,* di cui si discute se fosse permanente o concessa ad arbitrio del pretore a seconda dei casi. L'interdetto *de vi* (*non armata*) non si dava che dentro un anno dallo spoglio; l'altro senza limite di tempo. Quello infine era sostituito contro i genitori e i patroni con un *actio infactum;* mentre l'altro competeva anche contro di loro.

L'effetto dei due interdetti è pari: la restituzione di tutto ciò che si perdette in seguito alla deiezione. In difetto di restituzione, il convenuto soccombente è condannato nell'interesse che si avea a possedere il fondo, le cose mobili che vi si trovavano, i frutti che si poteano percepire dopo la deiezione e in genere a risarcire ogni altro danno.

I due interdetti furono introdotti con lievi modificazioni nell'editto giulianeo.

Giustiniano li fuse in un solo chiamato *de vi,* dal quale, come nell'interdetto *de vi armata,* è esclusa l'*exceptio vitiosae possessionis.*[1]

L'effetto dell'interdetto resta l'antico, se è presentato entro l'anno; scorso l'anno, non procura al *deiectus* che ciò di cui il deiciente si trova arricchito per la deiezione. In quest'ultima misura rispondono sempre anche oltre l'anno gli eredi del deiciente, e colui il servo o il figlio o il procuratore del quale senza mandato o ratiabizione sua compì la *deiectio.*[2] Se un servo commise lo spoglio a insaputa del padrone, questi ha la *facultas noxae dedendi.* È discusso il significato di una speciale disposizione giustinianea (l. 11, C. 8, 4) in cui l'imperatore dice di estendere l'interdetto *unde vi* a un caso in cui, com'egli afferma,

---

[1] La formula è: *unde tu illum vi deiecisti aut familia tua deiecit, de eo quaeque ille tunc ibi habuit tantummodo intra annum, post annum de eo, quod ad eum qui vi deicierit pervenerit iudicium dabo.*

[2] La responsabilità *per quod ad eum qui vi deiecit pervenerit* oltre l'anno, che nel diritto giustinianeo è stabilita nell'interdetto, era fatta valere nel diritto classico con un'*actio in factum* aggiunta all'interdetto *de vi* (*non armata*). La stessa azione serviva per far rispondere allo stesso modo l'erede del deiciente sia nel caso di *vis non armata,* che di *vis armata.*

possedesse « viziosamente » dall'avversario. Lo possedeva viziosamente se gliene avea sottratto il possesso violentemente o clandestinamente o se lo teneva da lui a precario. Chi soccombe nella lite deve dar garanzia che non turberà novamente il possessore e se avea alterato lo stato della cosa deve rimetterlo in pristino. Non dando cauzione, è condannato nella *litis aestimatio*.

L'interdetto *utrubi*, introdotto dopo l'*uti possidetis*,[1] si accordava al possessore di cosa mobile (originaria-

---

chi non possedeva viziosamente dall'altra parte. Se ora l'attore possedeva, ma viziosamente, e l'altra parte non possedeva, nessuno era in condizione di vincere. Il convenuto era quindi assolto, e restava il possesso al possessore vizioso, con l'effetto che quegli potesse ledere novamente a volontà il possesso di questo? O invece vinceva il convenuto a cui il possesso dovea essere restituito, divenendo così in questo caso l'interdetto non più *retinendae*, ma *recuperandae possessionis?* Se questo era il caso i giuristi lo avrebbero tuttavia considerato *retinendae possessionis*, spiegando ciò con l'idea di una *possessio iusta* competente all'attore da cui l'altra parte possiede viziosamente e con una *iniusta* competente al possessore vizioso? O avrebbero trascurata la funzione recuperatoria nella designazione del carattere dell'interdetto? Allo stato delle fonti la questione sembra insolubile. Colla caduta della procedura formulare il nostro interdetto divenne, come gli altri interdetti, un'azione *extraordinaria ex causa interdicti*. Delle anzidette questioni sopravvive in relazione al diritto giustinianeo solo quella sulla funzione recuperatoria dell'interdetto. Che esso funzioni in codesto diritto come semplice ci sembra fuori di dubbio. Circa alle sue origini sappiamo che esisteva al tempo di Plauto. Gaio lo crede introdotto per decidere in via preliminare chi dovea essere attore e chi convenuto nella *rei vindicatio* condotta secondo la procedura formulare esistente al suo tempo. In via d'ipotesi regge meglio, non ostante qualche notevole obbiezione, l'idea che sia sorto per decidere le contese intorno alle *possessiones* accordate dallo Stato a privati in godimento, non in proprietà. Forse l'interdetto non era originariamente concepito come lo troviamo in Festo. Le eccezioni dei vizi del possesso secondo alcuni vi furono via via introdotte in età più tarda.

[1] Secondo la più autorevole ricostruzione della formula sonava: *utrubi hic homo, quo de agitur, maiore parte huiusce anni nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto.* LENEL, *L'Édit*, II, p. 237. Se ne è giustamente desunto che la cosa dovea essere presente in giudizio. Sembra certo che si ottenesse la presentazione di essa con l'*actio ad exhibendum.* — Il carattere duplice dell' interdetto, i vizi del possesso e la procedura creano pur qui problemi analoghi a quelli che presenta l'*uti possidetis* e che abbiamo considerati alla nota precedente.

mente al possessore di un servo) che la avesse posseduta per la maggior parte dell'anno computato *retrorsus* a partire dall'emanazione dell'interdetto senza vizio di fronte all'altra parte contro chi la avesse posseduta per uno spazio di tempo minore e la trattenesse presso di sè.[1] Le parti poteano per il computo del tempo, in cui possedettero, giovarsi del tempo, in cui avea posseduto non viziosamente il loro autore (*accessio possessionis*).[2] Il soccombente doveva restituire la cosa. L'interdetto *utrubi* fu mutato da Giustiniano, stabilendo che non vincesse anche in esso, come nell'*uti possidetis*, che chi possedeva senza vizio *ab altero* al momento della sua emanazione. Le ragioni del mutamento sono oscure; forse meramente scolastiche; si volle farne un vero interdetto *retinendae possessionis*, applicando agli schiavi la stessa idea di possesso che si avea per gli immobili e per tutte le altre cose mobili.

---

[1] Come sia stato chiamato *retinendae possessionis* mentre serve al ricupero della cosa, e non a respingere turbative del possesso, inconcepibili trattandosi di mobili (d'altra opinione però alcuni scrittori, tra cui citerò Bruns, *Besitzklagen.*, pag. 171) è discusso. Noi crediamo di potere spiegar la cosa ricordando quanto già si disse, ossia che le norme sul possesso subiscono gravi alterazioni, quando si tratta di schiavi. Per questi veniva infatti meno l'apparenza di non libertà della cosa, per il fatto che si utilizzavano, lasciandoli agire come liberi. La si sostituiva col fatto del trovarsi il servo alla dipendenza di fatto da alcuno, ciò che i Romani esprimevano dicendo che il servo *apud aliquem est.* Ma questa dipendenza essendo molto mutevole (si pensi che lo schiavo potea fuggire da una persona per mettersi nella dipendenza di un'altra ripetutamente nel corso dell'anno) non potea essere considerata come presupposto della sua conservazione con un'azione, se era momentanea. Il diritto diede perciò la prevalenza a quella che avea durato di più; giudicando che questa fosse la dipendenza stabilita. Così si giunse a vedere una conservazione del possesso anche nel ricupero del servo. L'estensione ingiustificata dell'interdetto agli altri mobili avrebbe dovuto togliere il nome di *retinendae possessionis* ad esso; ma il caso principale di sua applicazione e la tradizione storica impedì che ciò avvenisse.

[2] L'*accessio possessionis* si fonda sopra una clausola edittale aggiunta dopo *fuit* nella formula veduta dell'interdetto così concepita: *sive nec vi nec clam nec precario apud eum fuit, unde is emit.* La giurisprudenza estese anche qui il campo d'applicazione dell'istituto oltre al caso originario di compravendita giovandosi dell'analogia.

cario dipenda che il precarista goda degli interdetti possessorii.[1]-[2]

Può dare a precario una cosa chiunque da cui dipenda che un'altra persona goda o no della cosa e possa consegnare la cosa a chi la domanda a precario, se questi già non la possieda.[3]

La concessione a precario domanda la capacità di alienare nel concedente; concessionario potea essere chiunque, per considerarsi la concessione come *res facti*. Un pupillo riceve quindi a precario la cosa anche senza l'autorità del tutore. Il servo ed il figlio acquistano il precario ottenuto al padrone o al padre; ma se lo richiesero per sè, il precario entra nel loro peculio.[4]

La concessione a precario si perfeziona col consenso delle parti in qualunque modo manifestato anche tacitamente[5] e col possesso della cosa nel concessionario. Se il concessionario non possedea la cosa, dovea quindi essergli data; se la possedea, il solo possesso esistente bastava,

---

[1] Questi gli giovavano di fronte ai terzi, non però di fronte al concedente, il quale potea turbare il suo possesso o sottrarglielo ad arbitrio, purchè non *hominibus coactis armatisve* nel diritto classico. In diritto giustinianeo, esclusa l'eccezione di possesso vizioso dall'interdetto *unde vi*, il concedente non può espellere a forza il precarista.

[2] Sul rapporto del precario col commodato e colla donazione vedi l. 1, § 2, § 3, l. 14, D. 43, 26; l. 14, § 11, D. 47, 2; ma avverto che probabilmente sono interpolate nella prima delle due ultime leggi le parole: *magis enim etc.* e nella seconda le parole: *quia.... visum est.*

[3] Quindi il mero proprietario può dar la cosa a precario a chi la possiede; il possessore, sia esso proprietario o no, può dar la cosa a precario a chi non la possieda; nè importa che il suo possesso sia giusto o ingiusto; chi potrebbe ricuperare il possesso può dar la cosa a precario all'attuale possessore; chi non è possessore può dare a precario la cosa di un altro e da un altro posseduta col consenso di questo. Il precarista può dar la cosa in subprecario.

[4] In questo caso essi hanno in precario la cosa; il padrone o il padre rispondono solo colle azioni adiettizie.

[5] In conformità alla dipendenza del cliente dal patrono la domanda a precario si facea normalmente con *preces;* di qui il nome all'istituto. Concedente e precarista sono designati nelle fonti rispettivamente come *precario dans, precario accipiens.* Il chiedere a precario si dice *rogare precario.*

dato il consenso, a perfezionare la concessione; ma il possesso mutava allora di causa; il concessionario possedeva a titolo di precario anzi che al titolo precedente.[1]

Il precario non cessava nè colla morte del precarista, nè con quella del concedente; ma continuava a favore degli eredi di quello, per parte degli eredi di questo. Sulla trasmissione ereditaria della concessione a precario non cadde mai controversia. Si discusse invece sulla trasmissione ereditaria del godimento a precario. Certi giuristi erano d'avviso che senza nuova domanda da parte dell'erede del precarista il precario non continuasse.[2]

L'alienazione da parte del concedente della cosa data a precario rompe il precario a meno che l'acquirente non lo lasci continuare come un precario che egli concede. La concessione si riteneva avvenuta pel solo fatto che l'acquirente non revocava la cosa.

Il precarista è, come si disse, possessore *ad interdicta*.

La figura del precario sinora descritta è la più antica. Il precario prende infatti altri aspetti di origine più recente. Anzi tutto troviamo ammesso il precario a tempo. Una concessione di precario a tempo si avea particolarmente nel caso in cui, data una cosa in *fiducia* al creditore, questi la lasciava in precario al debitore. Il precario era infatti concesso finchè fosse pagato il debito; avvenuto il pagamento esso era sciolto. Era permesso anche statuire un termine fisso. In tal caso, se il concedente non revocava il precario, questo s'intendeva rinnovato tacitamente. Chiesta e ottenuta la rinnovazione del precario prima della sua scadenza, questo s'intendeva

---

[1] I moderni dicono quindi che la concessione a precario è un contratto reale, benchè aggiungano che non ne scendono obbligazioni. I Romani non hanno però mai chiamata la concessione un *contractus*. Ciò fu fatto solo dai Bizantini.

[2] Le fonti si contraddicono. Paolo V, 6, 12, nega la continuazione del precario a favore dell'erede del precarista; lo stesso fa Celso in l. 12, § 1, D. 43, 26. Non direi che sia della stessa opinione Papiniano perchè la l. 11, D. 44, 3 mi pare interpolata col mutamento di un *quia* o *cum* in *quamvis* e la trasformazione di una affermazione in un diniego. L. 8, § 8, D. 43, 26; l. 2, C. h. t, sono per la continuazione del precario a favore dell'erede del precarista.

prima non trovava applicazione, ossia a quello di sottrazione del possesso di un fondo vacuo per esserne assente il possessore.[1]

Interdetti *recuperandae possessionis* di cose mobili il diritto classico non ebbe nominalmente; di fatto ne ebbe uno nell'interdetto *utrubi* per ciò che si è detto. Colla riforma fatta di questo da Giustiniano, per il ricupero del possesso di cose mobili non servirono più che le azioni di furto, *vi bonorum raptorum* e la *condictio possessionis* le quali però non mirano veramente alla difesa del possesso ma a punire un delitto o a far ricuperare all'attore il valore del possesso.[2]

§ 122. — Interdetti *de precario* e *de clandestina possessione*.

Si riducono da qualche scrittore sotto il concetto d'interdetti possessorii e precisamente *recuperandae possessionis* due interdetti l'uno certamente esistito: l'*interdictum de precario*, ed uno, l'esistenza del quale è ipotetica: l'*interdictum de clandestina possessione*. Noi li consideriamo qui per mera associazione d'idee, perchè cioè di

[1] Ci limitiamo ad accennare all'esistenza di un terzo interdetto *de vi* a favore di colui a cui era stato violentemente sottratto il fondo che aveva in usufrutto, interdetto, la formula del quale è ignota, e che si trovava nell'editto sotto la rubrica: *si uti frui prohibitus esse dicetur*.

[2] Si è asserito che nell'epoca postclassica sia stata introdotta una nuova azione per il ricupero del possesso detta *actio momentariae possessionis* più lata dell'*unde vi* in quanto sarebbe stata sperimentabile contro chiunque avesse ottenuto per atto proprio il possesso di una cosa posseduta da altri, oltre che con violenza, con dolo o con *metus* o mediante una ingiusta sentenza. L'asserzione non è provata. La legislazione imperiale postclassica si limitò a rendere più facile e pronta la procedura relativa agli antichi rimedi possessorii, ad esempio permettendo ai detentori di agire essi nel caso di spoglio violento del possesso. Una poco importante estensione dell'*unde vi* contiene l. 2, C. Th, 4, 22 (cfr. l. 6, pr. § 1, C. I, 8, 4). Si sostiene che Giustiniano abbia parificato lo spoglio di un possesso tenuto dal possessore *solo animo* a uno spoglio violento in base a l. 11, C. 8, 4. Ciò non si concilia con l'interpolazione, che rileviamo a pag. 572, n. 2.

possesso acquistato *clam* o *precario* si parla negli interdetti precedentemente considerati.

Il precario è un istituto caratteristico dell'antichità, che si connette originariamente al rapporto di clientela. Consisteva nella concessione fatta dal patrono al cliente di un fondo,[1] perchè ne disponesse a piacimento come se fosse suo, coll'obbligo però di renderglielo ad ogni sua richiesta. In progresso di tempo si diedero a precario anche cose mobili; infine si ammise un precario di diritti, come ad es. di una servitù, o del diritto di fare qualche cosa che per una servitù esistente sul nostro fondo non potremmo fare.[2]

Tutte le cose poteano darsi a precario eccettuate le cose consumabili, perchè ciò era escluso dall'obbligo di restituzione, e cose che fossero del ricevente la cosa a precario, ossia del precarista.

Il precario, nonostante la facoltà del concedente di revocare la cosa ad ogni istante, costituiva un'alienazione di fatto, nel senso che non veniva effettivamente revocato se non eccezionalmente. Il precarista tenea la cosa colla stabilità a un dipresso con cui il servo teneva il peculio. Per questo, data una cosa a precario, sono in precario anche le accessioni che si verifichino poi (ad esempio l'alluvione); data a precario una schiava, cadono nel precario anche i figli che in seguito partorisca e il precarista di un fondo gode delle servitù spettanti al fondo. Per questo ancora il precarista acquista secondo la regola esposta (§ 88) i frutti della cosa; nè si trova traccia di un precario senza diritto ai frutti. Infine si disse come dalla natura di alienazione di fatto del pre-

---

[1] Che il precario originario cadesse su fondi fu negato, perchè l'*interdictum de precario* non dice *quem fundum precario ab illo habes* ma *quod precario ab illo habes;* ma la l. 4, fr. D. 43, 26: *in rebus etiam mobilibus precarii rogatio constitit;* il testo di Festo p. 246: *atque ii patres dicti sunt quia agrorum partes adtribuerant tenuioribus perinde ac liberis,* e la natura del rapporto di clientela, non mi sembrano lasciar dubbio sull'asserita originaria applicazione del precario ai fondi. Certo però, quando s'introdusse l'interdetto *de precario*, esso trovava applicazione anche a cose mobili.

[2] L. 17, D. 8, 4.

per una data circostanza.[1] Editti perpetui erano pubblicati solo dai pretori urbano e peregrino, dagli edili curuli, dai censori, dai governatori e questori provinciali. La parte di un editto, che era la riproduzione degli editti precedenti, diceasi *edictum vetus* o *tralaticium*.

Tra gli editti perpetui emergevano quelli dei due pretori dianzi nominati. Giudicava il primo, da quando fu istituito il secondo, le liti fra cittadini;[2] questi le liti nelle quali anche una sola della parti non fosse un cittadino. Dell'editto del pretore peregrino, sia pei tempi più remoti che recenti, nulla o quasi nulla sappiamo. Possiamo invece seguire lo sviluppo dell'editto del pretore urbano.[3]

Finchè i cittadini non poterono litigare tra loro che in base ad una legge o mediante la procedura *per legis actiones*, che escludeva la presentazione di eccezioni e costringeva il pretore a limitarsi a rappresentare insieme alle parti una specie di dramma composto di atti e di formule solenni prescritti dall'uso e dalla giurisprudenza pontificale, questi non potè prendere ed annunziare nell'editto alcuna disposizione, per la quale si innovasse alcun che nel diritto privato.

Un mutamento radicale e fecondo nei poteri del pretore in questo riguardo si verificò soltanto allorchè la legge *Aebutia* (tra il 605 e il 628 d. R.?) e due leggi

---

[1] L. 7 pr. D. 2, 1, *quod prout res incidit propositum erit.*

[2] Nella parola « cittadini » sono compresi anche i Latini: v. MOMMSEN, *Staatsrecht*, III, 1, pag. 603.

[3] Il termine « editto » è usato nelle fonti in tre sensi diversi. Esso indica tutto il contenuto dell'*album* pretorio, nel quale stavano non solo le disposizioni prese dal pretore, ma anche quelle conformi al diritto civile; tali erano ad es. le formule delle azioni civili. Indica ancora le singole clausole edittali, o avvisi, di cui parliamo nel testo. Indica infine l'insieme delle disposizioni esposte nell'*album*, che appartengono alla prima categoria, cioè quelle con cui il pretore non attua diritto civile, ma introduce un nuovo diritto. Nel testo usiamo il termine normalmente in quest'ultimo senso, per cui equivale a « diritto onorario » o « pretorio. » Rileveremo nel testo il luogo ove sta nel senso di clausola edittale. Dove sta nel senso di *album* risulterà dall'insieme del discorso. — Mancano informazioni sicure sul contenuto dell'albo pretorio durante le *legis actiones;* nè giova accampare ipotesi. — Avvertiamo infine che la linea di divisione fra diritto civile e pretorio non è sempre precisa.

Iuliae (di Cesare o d'Augusto?) abolirono la procedura *per legis actiones,* concedendo la prima e imponendo le seconde che si agisse invece, tolti pochi casi, *per formulas.* Questo procedimento era caratterizzato da ciò che nè le parti, nè il pretore pronunciavano più formule o compivano atti solenni prescritti; ma le prime esponevano al pretore le loro dimande e le loro difese; questi poi o negava l'azione, oppure, se l'accordava, dettava una formula scritta, in cui nominato il giudice privato, che dovea pronunciare la sentenza, gli prescriveva in quale ipotesi doveva assolvere, in quale condannare. Il giudice non doveva e non poteva esaminare se la prescrizione fattagli corrispondeva o no al diritto civile; doveva semplicemente eseguirla. L'editto ora contenne sia gli avvisi (*edicta*) del pretore che, verificandosi certe circostanze, avrebbe dato una formula, e sia gli esemplari, i moduli a così dire, delle formule stesse. Inoltre esso contenne le formule delle eccezioni, degli interdetti, delle azioni pretorie a cui non era necessario che corrispondesse e non corrispondeva un *edictum,* delle stipulazioni pretorie e gli avvisi di altri provvedimenti pretorii, quali le immissioni nel possesso, le restituzioni in integro.

Il pretore non essendo, secondo la costituzione, organo legislativo, non solo non può far leggi, ma è sottoposto alle leggi. Quindi della sua facoltà di prescrivere al giudice in quale ipotesi dovea assolvere e in quale condannare, e di tutte le altre facoltà implicite nel suo ufficio, non poteva giovarsi per sovvertire l' *ius civile*, ossia l'ordine giuridico quale risultava dalle leggi e dalle norme aventi *legis vigorem.* Egli potea però introdurre mezzi più idonei degli antichi per attuarlo, potea colmarne le lacune, e poteva anche correggerlo, ma soltanto allorchè trovava che non corrispondeva più alla nuova coscienza giuridica del popolo, della quale egli era, come magistrato, entro l'ambito dell'amministrazione della giustizia l'autorevole e per la costituzione l'autorizzato interprete. Bene quindi gli antichi ci dicono delle disposizioni pretorie che furono introdotte *adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia,* una tripartizione; alla quale non si dà il

prorogato; chiesta e ottenuta dopo la sua scadenza, cominciava invece un nuovo precario.

Il precario, che originariamente era sempre gratuito, potè nel corso del tempo essere anche a mercede, avvenire cioè dietro un compenso proporzionato alla sua durata.[1] Il precario di cosa così concesso diventa allora il contratto di locazione conduzione, del quale si tratterà nella materia delle obbligazioni. Esso si distingue dal precario gratuito, perchè la sua costituzione si elevò a contratto obbligatorio, perchè ne scaturì un' azione per le due parti, e quindi cessò di trovarvi applicazione l'*interdictum de precario* [2] e perchè il precarista in esso non possiede. Nel resto segue le norme del precario ordinario, e adempie alle stesse funzioni.[3] Nelle fonti però si tenta talora con interpolazioni di porre in antitesi i due istituti, dove i classici considerano la locazione conduzione come un caso di precario.[4]

Svoltosi a lato alla *fiducia cum creditore* il pegno in senso stretto, per ammettere nel caso di pegno a favore del debitore il godimento a precario della cosa, si rese necessario vincere il principio che non può consistere il precario di cosa propria del richiedente a precario; ciò si fece figurando che si concedesse a precario non la cosa, ma la detenzione della cosa. Si ebbe in tal modo un *precarium possessionis* così chiamato in antitesi al *precarium proprietatis*.[5]

Il precario, oltre che per cause generali, cessa colla revoca e col giungere del termine stabilito; ma se cessa per codeste cause il rapporto di precario tra concedente e concessionario, non cessa l'*habere precario* la cosa, finchè il precarista la ritenga.

---

[1] V. specialmente UBBELOHDE, *Besitzinterdicte*, pag. 210, segg.

[2] Avendo il locatore l'*actio locati* per ripetere la cosa, cessa l'interdetto, per lo stesso motivo per il quale cessa l'interdetto in un precario ordinario, se il concedente stipula la restituzione della cosa; l. 15, § 3, D. 43, 26.

[3] Apertamente come *precario possidentes* sono chiamati i conduttori di fondi in l. 2, C. 7, 39.

[4] V. in particolare l. 10, D. 41, 2; l, 33, § 6, D. 41, 3.

[5] Dubbio rimane però se non sia dovuto interamente all'opera dei compilatori questo precario della detenzione.

Il concedente a precario gode dell'*interdictum de precario* contro il concessionario per farsi rendere la cosa. Questo è fondato sul mero fatto dell'*habere precario* e non si può dire che serva a ricuperare il possesso, perchè, come si vide, potea concedere la cosa a precario anche chi non possedeva. Il convenuto poteva difendersi opponendo il suo dominio della cosa, perchè questo esclude il precario.

Il precarista risponde coll'interdetto anche se *dolo desiit possidere* ed è condannato nell' interesse che aveva l'attore a che gli fosse restituita la cosa al momento dell'emanazione dell'interdetto. Giustiniano elevato il precario a *contractus*, accorda anche al concedente una *incerti condictio id est praescriptis verbis.*[1]

Come v' ha un interdetto *de vi* corrispondente all'eccezione di alcuni interdetti possessorii: *quod vi;* un interdetto *de precario* corrispondente all'eccezione: *quod precario*, così parrebbe naturale che vi fosse un interdetto *de clandestina possessione* corrispondente alla terza eccezione: *quod clam*, il quale dovrebbe competere al possessore per aver la cosa del possesso della quale fu spogliato *clam*. Ma nelle fonti non è menzionato che in un testo[2] e per altri argomenti la sua esistenza sembra più che dubbia.

---

[1] Io ritengo infatti interpolati in l. 19, § 2, D. 43, 26, non solo i termini *id est praescriptis verbis*, ma anche la frase precedente *incerti condictione;* si noti che v'ha indizio d'interpolazione anche nella forma: *non solum.... sed*, usata sia nella legge citata che in l. 2, § 2, D. 43, 26. La corruzione di Paolo V, 6, 10 fu vista da tempo.

[2] L. 7, § 5, D. 10, 3. Io ritengo che le parole *nam de clandestina possessione competere interdictum inquit* siano un glossema. Altri testi che hanno relazione colla questione o che si citano in proposito sono Cic. *Pro Rullo*, cap. 3, e in particolare le parole: *praetorum interdicta tollentur* riferite alle altre *etiamne si clam si precario venit in possessionem;* Cic. *De lege agraria*, III, 3, 11; l. 6, § 1, D. 41, 2, dove le ultime parole *retinet ergo possessionem qui ad nundinas abiit* sono certo interpolate (Karlowa, *Röm. Rechtsgesch*, II, pag. 322), ma l'interpolazione delle quali non prova l'esistenza dell'interdetto.

FINE.

INDICE.

Libro Primo.

INTRODUZIONE.

Libro Secondo.

DIRITTO DELLE PERSONE.

Libro Terzo.

LE COSE E I DIRITTI SULLE COSE.

Libro Quarto.

IL POSSESSO.

ERRATA-CORRIGE.

Pag.	116, lin.	10	dove dice:	« causali »	deve dire	« casuali »
»	146 »	10	»	o col	»	e non col
»	275 »	29	»	o l'altra	»	e l'altra